

CISG-online 1734

Jurisdiction	Germany
Tribunal	Oberlandesgericht Brandenburg (Court of Appeal Brandenburg)
Date of the decision	18 November 2008
Case no./docket no.	6 U 53/07
Case name	<i>Beer case II</i>

Tatbestand

Die Parteien streiten um wechselseitige Forderungen, die im Zusammenhang mit zwei am 1.12.2003 zwischen den Parteien geschlossenen Verträgen über Bierabfüllungen und deren Aufhebung durch die Klägerin stehen. 1

Beide Parteien sind Brauereien. Die Klägerin ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der T[...] Beteiligungsgesellschaft mbH (im Folgenden: T[...]), die ihren Geschäftssitz in B[...] hat. Die Geschäftsführer der Klägerin M[...] G[...] und K[...] U[...] sind auch Geschäftsführer der T[...]. 2

Die Beklagte ist eine Handelsgesellschaft nach belgischem Recht und im Handelsregister von T[...] (Belgien) eingetragen.

Die Klägerin wurde von der T[...] zwecks Übernahme des Betriebs der O[...] Brauerei gegründet. Die O[...] Brauerei, deren Geschäftsführer Herr Z[...] – jetziger Mitgeschäftsführer der Klägerin – war, sollte wegen der Einführung des Dosenpfandes von der B[...] & B[...] AG verkauft werden. Im Herbst 2003 erwogen die T[...] und die Beklagte, die O[...] Brauerei gemeinsam zu erwerben, und gingen mit diesen Überlegungen auch an die Öffentlichkeit. Über diese Pläne berichtete beispielsweise die B[...] M[...] in einem Artikel vom 4.11.2003. 3

Zwischen den Parteien bzw. zwischen der T[...] und der Beklagten wurde eine Partnerschaft besprochen und diskutiert, und zwar in Form einer gesellschaftlichen Beteiligung an der Klägerin in Gestalt eines Joint-Ventures. Einer solchen Beteiligung stand jedoch der Umstand entgegen, dass dann die Klägerin keine Fördermittel erhalten hätte. Am 13.11.2003 stellte die Klägerin bei der I[...] (I[...]) einen «Antrag auf Gewährung öffentlicher Finanzierungshilfen an die gewerbliche Wirtschaft (...) im Rahmen der regionalen Wirtschaftsförderung». Beantragt wurde ein sachkapitalbezogener Zuschuss für die Erweiterung bzw. Modernisierung einer Betriebsstätte in Höhe von 6,5 Millionen EUR. 4

Am 1.12.2003 schlossen die Parteien zwei schriftliche Produktions- und Lohnabfüllverträge. Bei dem im Vertrag genannten Datum 1.12.2004 handelt es sich um ein Schreibversehen. Vertragsgegenstand beider Verträge war die Lohnproduktion und Lohnabfüllung von Bier. Der eine Vertrag (im Folgenden: *Dosen-Vertrag*) bezog sich auf die Abfüllung von Bier in Dosen, der andere Vertrag (im Folgen: *PET-Vertrag*) auf die Abfüllung von Bier in PET-Flaschen. 5

Der Dosen-Vertrag enthielt im Wesentlichen folgende Regelungen:

§ 2 Produktausstattung/Verpackung

(...)

Alle für Produktion und Abfüllung notwendigen Materialien (Trays, Dosen, Umverpackungen) werden kostenfrei durch den Auftraggeber gestellt.

§ 3 Menge

Es wird ein Jahresmengenvolumen (12-Monatszeitraum) von 400.000 hl fix vereinbart. Dabei sind 100.000 hl 0,5 l-Dosen und 300.000 hl 0,33 l-Dosen geplant. Jeweils zu Beginn des Geschäftsjahres werden Auftraggeber und Auftragnehmer anhand eines Saisonschlüssels eine Jahresmengenplanung abstimmen.

§ 4 Bierherstellung

Für ein Bier nach deutschem Reinheitsgebot mit 11,3% Stammwürze gehen die Parteien von Herstellkosten von 8,00 €/hl aus. Bei Abweichungen von dieser Spezifikation können die Preise entsprechend angepasst werden.

(...)

§ 6 Preise

Für den in § 5 beschriebenen Leistungsumfang werden 11,08 €/hl für die 100.000 hl 0,5 l-Dose und 10,25 €/hl für die 0,33 l-Dose berechnet. Die Rechnungslegung erfolgt nach Auftragsrealisierung. Die Preise gelten zzgl. Mehrwertsteuer.

Im Zuge allgemeiner Preissteigerungen wird dem Auftragnehmer für seine zu erbringenden Leistungen in den Jahren 2005 und 2006 jeweils eine Preisanpassung von 1,5% vom Nettowarenwert zugestanden.

(...)

§ 8 Transporte

Der Auftraggeber übernimmt Disposition und Distribution seiner Fertigwaren grundsätzlich eigenverantwortlich.

Hinsichtlich der Fortführung optimierter, kostengünstiger Logistikströme vereinbaren beide Parteien eine partnerschaftliche Abstimmung hinsichtlich ggf. gemeinsam abzuschließender Rahmenvereinbarungen mit Spediteuren. Grundsätzlich gelten die vereinbarten Dienstleistungs- und Abfüllvergütungen frei Rampe des Auftragnehmers.

(...)

§ 10 Zahlung

Die Zahlung erfolgt innerhalb von 30 Tagen zum Monatsende nach Rechnungserhalt ohne Abzug.

§ 11 Vertragsdauer

Dieser Vertrag beginnt am 1.1.2004 und endet am 31.12.2006.

(...)

Der PET-Vertrag enthielt in den §§ 4 und 7 bis 13 gleichlautende Bestimmungen wie im Dosen-Vertrag. Abweichende Regelungen enthalten neben § 5, der den Leistungsumfang einschließlich der zu produzierenden PET-Flaschen beschreibt, folgende Paragraphen:

7

§ 1 Vertragsgegenstand

Der Auftragnehmer führt für den Auftraggeber die Lohnproduktion/Lohnabfüllung von Bier in PET-Flaschen durch. Der Vertrag tritt mit der erfolgreichen Inbetriebnahme der PET-Anlage in Kraft.

§ 2 Produktausstattung/Verpackung

(...)

Die Preforms werden kostenfrei durch den Auftraggeber gestellt.

§ 3 Mengen

Es wird ein Jahresmengen volumen (12-Monatszeitraum) von 600.000 hl fix vereinbart. Jeweils zu Beginn des Geschäftsjahres werden Auftraggeber und Auftragnehmer anhand eines Saisonschlüssels eine Jahresmengenplanung abstimmen.

§ 6 Preise

Für den in § 5 beschriebenen Leistungsumfang werden 21,50 €/hl zzgl. Mehrwertsteuer berechnet. Die Rechnungslegung erfolgt nach Auftragsrealisierung.

Im Zuge allgemeiner Preissteigerungen wird dem Auftragnehmer für seine zu erbringenden Leistungen in den Jahren 2005 und 2006 jeweils eine Preisanpassung von 1,5% vom Nettowarenwert zugestanden.

Mit Schreiben vom 15.12.2003 sicherte die I[...] der Klägerin zu, bei Erfüllung bestimmter Auflagen einen Zuwendungsbescheid in Höhe von 5.586.100 € zu erlassen. Diese Fördermittel hat die Klägerin erhalten.

8

Am 19.12.2003 erwarb die Klägerin die O[...] Brauerei GmbH durch Einbringung des Betriebes in ihr Gesellschaftsvermögen.

9

Mit Schreiben vom 24.12.2003 bestätigte die Beklagte der Klägerin, dass die Lohnabfüll- und Produktionsverträge 36 Monate ab Fertigstellung der PET-Anlage gelten.

Jedenfalls noch bis Januar/Februar 2004 hinein versuchten die Parteien, eine mit den Förderrichtlinien vereinbare Struktur eines gemeinsamen Tätigwerdens zu finden. Noch mit E-Mail der Klägerinvertreter vom 30.1.2004 wurde versucht, hier einige Eckdaten für eine Transaktion von Anteilen abzuklären, so u.a. das Verhältnis der Anteile zwischen der M[...] Gruppe einerseits und der T[...] Gruppe andererseits.

10

- Zur Erfüllung des PET-Vertrages war von den Parteien der Bau einer modernen PET-Abfüllanlage auf dem Gelände der O[...] Brauerei geplant. Dies bedeutete für die Klägerin ein Investitionsvolumen von rund 20 Millionen €. Die finanzierenden Institute machten die Bereitstellung von Kapital unter anderem vom Vorliegen nachhaltiger und langfristiger Produktions- und Abfüllverträge abhängig. Dieses Kriterium erfüllte der PET-Vertrag der Parteien. Die Beklagte gab darüber hinaus gegenüber der die PET-Anlage mitfinanzierenden [...] Bank am 11.3.2004 eine bis zum 30.6.2005 befristete Bürgschaft für die Klägerin in Höhe von 300.000 € ab, damit der Kontokorrent der Klägerin aufgestockt werden konnte. **11**
- Die finanzierende Bank verlangte darüber hinaus von der Klägerin eine Aufstockung der Eigenfinanzierung um 500.000 €. Dies finanzierte die Klägerin durch ein Darlehen bei ihrer Muttergesellschaft, der T[...]. Die T[...] ihrerseits nahm dafür ein Darlehen bei der Beklagten in Höhe von 250.000 € auf. Ferner wurden von der Bank Rückkaufverträge hinsichtlich der PET-Anlage verlangt, die die Klägerin daraufhin mit den Hersteller- und Lieferantenfirmen der Anlage (Firma K[...] Maschinen- und Anlagenbau AG und Firma S[...] S.A.S) abschloss. **12**
- Am 15.3.2004 beauftragte die Klägerin schließlich den Bau der PET-Anlage. Die Beklagte stellte der Klägerin ihr technisches Know-How bei dem Aufbau der PET-Abfüllanlage zur Verfügung und war während des Baus koordinierend, überwachend und beratend vor Ort tätig. Insbesondere die Leistungsfähigkeit der Anlage war dabei an die Wünsche der Beklagten angepasst. **13**
- Zwischen den Parteien wurde eine EDV-Verbindung hergestellt, über die die Beklagte genau spezifizierte Mengen zu bestimmten Zeitpunkten abfordern sollte. Diese sollten dann von der Klägerin zu den genannten Zeitpunkten bereitgestellt und von der Beklagten bzw. von durch sie beauftragten Speditionen abgeholt werden. Die Rechnungslegung sollte am Tag nach erfolgter Abholung erfolgen. **14**
- Im Mai 2004 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sie eine Änderung des PET-Vertrages hinsichtlich der Abnahmemenge wünsche. Daraufhin vereinbarten die Parteien eine Abnahmemenge von 500.000 hl/Jahr Pils-Bier sowie eine Abnahmemenge von 100.000 hl/Jahr Weizenbier. Als Preis für das Weizenbier wurden 22,50 €/hl vereinbart. **15**
- Die Parteien begannen ab dem 1.1.2004 mit der Durchführung des Dosenvertrages. Ab Juni 2004 belieferte die Klägerin die Beklagte auch mit PET-Flaschen. **16**
- Im August 2004 regte die Klägerin eine Besprechung an, u.a. über die abzunehmenden Mengen bzw. einen Abnahmeplan. Mit E-Mail vom 6.9.2004 teilte die Klägerin mit, dass bei dem Treffen in B[...] vereinbart worden sei, dass sie Ende August 2004 eine Monatsplanung erhalte; diese liege noch immer nicht vor. Mit Schreiben vom 17. September 2004 bat die Klägerin die Beklagte unter der Überschrift «Erfüllung des PET Produktions- und Lohnabfüllvertrages» um die Einhaltung der durch diesen Vertrag begründeten Abnahmepflichten. Die Klägerin sei in eine sehr schwierige Situation geraten, seit die Beklagte die zugesagten Mengenvolumen nicht mehr abnehme. Die bei einem Gespräch zugesagte Mengenplanung für den Rest des Jahres sei bis Ende August nicht eingegangen. Seit Beginn des Monats August 2004 werde zudem nur noch sporadisch Bier abgenommen. Bei einem Treffen am 15.9.2004 habe die Beklagte mitgeteilt, in den kommenden acht Wochen gar kein Pils abzunehmen. Die ursprüngliche im Mai zwischen den Parteien vereinbarte Planung habe vorgesehen, dass bis zum 20.8.2004 **17**

154.000 hl produziert sein solle. Bis zum Tag dieses Schreibens seien jedoch erst 75.000 hl produziert. Auch seien große Mengen Weizenbier noch nicht abgenommen und drohten zu verderben.

Die Klägerin fordert die Beklagte in diesem Schreiben auf, in Zukunft die vereinbarten Mengen (für 2004 noch 325.000 hl) abzunehmen und die zugesagte und zu aktualisierende Abnahmeplanung vorzulegen. Zur Abgabe einer verbindlichen Erklärung setzte die Klägerin eine Frist auf den 22.9.2004.

18

Die Beklagte antwortete mit einem in flämisch abgefassten Antwortschreiben, welches sie auf Bitten der Klägerin am 7.10.2004 in deutscher Übersetzung sowohl an die Klägerin als auch an die T[...] übersandte. In dem Schreiben wies die Beklagte darauf hin, dass zwischen ihr und der T[...] eine vollwertige Partnerschaft innerhalb der Klägerin vereinbart worden sei und vor diesem Hintergrund der Abschluss der beiden Verträge zu sehen sei. In einer Versammlung vom 16.6.2004 habe die T[...] zum ersten Mal zu erkennen gegeben, dass sie die Zusammenarbeit innerhalb der Klägerin nicht in Partnerschaft mit der Beklagten, sondern nur als Kundenbeziehung auszubauen gedenke. Auf einer weiteren Sitzung vom 15.9.2004 habe die Beklagte auf ihre fünfzigprozentige Beteiligung an der Klägerin gedrängt. Man erwarte eine Bestätigung bis Ende Oktober, dass die Partnerschaftvereinbarung endlich ausgeführt werde. Man behalte sich vor, ansonsten die vertraglichen Absprachen auszusetzen und gegebenenfalls zu kündigen und Schadensersatz bei der T[...] und der Klägerin zu verlangen sowie das Darlehen über 250.000 € zurückzufordern.

19

Die Beklagte äußerte in dem Schreiben den Eindruck, dass es die Absicht der Klägerin sei, die Firma A[...] (eine Großkundin der Beklagten) zukünftig direkt zu beliefern. Die Beklagte halte den PET-Vertrag korrekt ein. Die Planung für die kommenden acht Wochen sei am 15.9.2004 mitgeteilt worden. Eine Abnahme von 154.000 hl bis zum 20.8.2004 sei nicht vereinbart worden. Alle Rechnungen seien rechtzeitig beglichen worden.

20

Die Klägerin sowie die T[...] antworteten auf dieses Schreiben ihrerseits mit Antwortschreiben vom 27. Oktober 2004. Darin wird ausgeführt, dass zwischen den Parteien zwar auch eine Beteiligung diskutiert worden sei, im Vordergrund gestanden habe jedoch die Nutzung der PET-Anlage durch die Beklagte zur Sicherung ihrer gegenüber A[...] geschuldeten Liefermengen. Die Jahresmengenplanung für den PET-Vertrag sei telefonisch am 30.4.2004 abgestimmt worden. Eine überarbeitete Mengenplanung habe die Klägerin danach nicht mehr erhalten. Die Beklagte habe im Zeitraum Juni bis September 2004 nur 86.759 hl in PET-Flaschen abgenommen, so dass für den ersten 12-Monatszeitraum noch eine Abnahmemenge von 513.241 hl verbleibe. Der Beklagten werde eine letzte Frist bis zum 12.11.2004 gesetzt, innerhalb derer sie zum einen bestätigen sollte, die vereinbarten Mengen bis zum 31.5.2005 abzunehmen, zum anderen eine schriftliche Erklärung abgeben sollte, dass sie eine anhand eines Saisonschlüssels abgestimmte aktualisierte Mengenplanung überreicht.

21

Mit E-Mail vom 24.9.2004 bot die Klägerin der Beklagten «im Rahmen unseres gemeinsamen Vertrages zur Lohnproduktion und Lohnabfüllung PET» verschiedene Biermischvarianten zu einem Preis von 21,50 €/hl an. Mit E-Mail vom 19.11.2004 bot die Klägerin der Beklagten (erneut) an, im Rahmen des PET-Vertrages auch «Radler» und «Diesel» herzustellen, allerdings

22

Mit E-Mail vom 1.2.05 bat die Beklagte um Einplanung von ca. 400 Paletten Ka[...] Hefeweizen für die 6. Kalenderwoche (im Folgenden: KW). Daraufhin teilte die Klägerin am gleichen Tag mit, dass diese Menge noch diese Woche abgefüllt werde, da in der 6. KW bis 8. KW wegen Umbauarbeiten und Generalüberholung nicht für die Beklagte Bier in PET-Flaschen produziert werden könne. Die Klägerin fragte darin an, ob deshalb vorsorglich mehr produziert werden solle. Daraufhin erbat die Beklagte 600 statt 400 Paletten, das müsse bis Ende der 8. KW reichen. **29**

Mit E-Mail vom 7.2.2005 bat der Betriebsleiter der Klägerin die Beklagte um Mitteilung der «verlässlichen Abnahmemenge für die KW09–13» «analog der Dose» für eine optimale Produktions- und Lagerplanung. Ferner wird in dem Schreiben um einen «Produktionsforecast für alle PET-Produkte» für die Folgemonate gebeten. **30**

Die Beklagte antwortete darauf mit E-Mail vom 11.2.2005 und teilte u.a. die 8-Wochen-Planung bis KW 14 mit und kündigte an, alle zwei Wochen diesen Forecast um zwei Wochen zu verlängern, wie es auch beim Dosenbier gemacht werde. Es werde um Auftragsbestätigung gebeten.

Mit Schreiben vom 17.2.2005 bestätigte die Klägerin den Auftrag, wies aber zugleich darauf hin, dass die Parteien sich derzeit über die Vertragspflichten streiten würden. Die Klägerin wies in dem Schreiben ferner darauf hin, dass man ihrer Bitte nach vertraglich zugesicherter Abnahmeplanung bisher nicht nachgekommen sei. **31**

Mit E-Mail vom 2.3.2005 übersandte die Beklagte einen neuen Forecast für PET bis zur 17. KW, worin die ursprüngliche Bestellung bzgl. Mat[...] Pils aufgeteilt wurde auf Mat[...] Pils und Ka[...] Pils. Die Klägerin antwortete darauf mit Mail vom nächsten Tag und teilte mit, dass ein bestätigter Produktions- und Abfüllplan bis zur 15. KW vorliege, der nur Mat[...] Pils und Ka[...] Weizen vorsehe; die erwünschte Änderung komme sehr kurzfristig. Es werde vorgeschlagen, sich bis auf Widerruf an den bestätigten Produktions- und Abfüllplan bis 15. KW zu halten. **32**

Mit E-Mail vom 4.3.2005 wandte sich der damalige Geschäftsführer der Klägerin an den Geschäftsführer der Beklagten und teilte u.a. mit, dass man den «forecast bis KW 17/2005 umsetzen» werde. Man werde dementsprechend den Artikel Ka[...] Pils in der Abfüllplanung ab 10. KW berücksichtigen und die Menge für Mat[...] Pils reduzieren. Zudem wurde in der E-Mail eine Absprache für die weitere Auftragsrealisierung festgestellt, wonach alle offenen Außenstände «am heutigen Tage» gezahlt worden seien. **33**

Mit E-Mail vom 14.3.2005 übersandte die Beklagte den Forecast bis zur 19. KW und erbat einige Änderungen. Die Klägerin antwortete am gleichen Tag und teilte mit, dass die größere Menge Weizenbier erst ab der 14. KW möglich sei. Daraufhin passte die Beklagte den Forecast am 15.3.2005 entsprechend an. **34**

Mit E-Mail vom 22.3.2005 übersandte die Beklagte den Forecast für Dosenbier für KW 12 bis 20, mit E-Mail vom 24.3.2005 den Forecast für PET für den Zeitraum KW 13 bis KW 20.

Mit Schreiben vom 30.3.2005 teilte die Beklagte mit, dass die Bestellungen der letzten vier Wochen nicht ausreichend erfüllt worden seien und man die Klägerin offiziell in Verzug setze. **35**

Über die Bierlieferungen des Monats Februar 2005 legte die Klägerin der Beklagten Rechnung über insgesamt 296.035,70 €, fällig am 30.3.2005. Diesen Betrag wies die Beklagte zur Zahlung an; der Betrag wurde am 1.4.2005 bei ihr abgebucht und ging am 5.4.2005 bei der Klägerin ein. 36

Mit Anwaltsschreiben vom 31.3.2005 erklärte die Klägerin die Aufhebung der beiden Verträge mit der Beklagten mit sofortiger Wirkung. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf das Schreiben Bezug genommen. Die Beklagte widersprach der Kündigung mit Anwaltsschriftsatz vom 14.4.2005. Auch auf dieses Schreiben wird Bezug genommen. 37

Mit Anwaltsschreiben vom 6.4.2005 stellte die Klägerin die Bedingungen für die Freigabe von zurückgehaltenen Mengen an bereits produziertem Bier dar. Bedingung sei u.a. die Zahlung von fälligen 234.140,44 € sowie zum 30.4.2005 fällig werdenden 1.107.309,73 € und weiterer zum 30.5.2005 fällig werdender 129.086,25 €.

Mit Anwaltsschreiben vom 2.5.2005 wies die Beklagte auf den ihr durch das vertragswidrige Verhalten der Klägerin entstandenen und zukünftigen Schaden hin, der sich bislang auf 5.805.894 € belaufe. Gegenüber der zum 30.4.2005 fällig gewordenen Forderung in Höhe von 1.107.309,73 € werde damit die Aufrechnung erklärt.

Zur Vorbereitung der Geltendmachung von Kündigungsschäden hat die Beklagte in Belgien vor dem Handelsgericht T[...] ein dem deutschen Beweissicherungsverfahren vergleichbares Verfahren eingeleitet, das bislang nicht abgeschlossen ist. Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 24.3.2006 angekündigt, nach Ermittlung der Schadenshöhe Widerklage zu erheben. 38

Während des laufenden Prozesses hat die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 14.11.2005 eine Nachfrist zur Zahlung der eingeklagten Kaufpreisforderung in Höhe von 1.205.832,34 EUR bis zum 18.11.2005 gesetzt und sodann mit Anwaltsschreiben vom 28.11.2005 vorsorglich erneut die Aufhebung des Dosen- und des PET-Vertrages wegen Nichtzahlung des genannten Betrages erklärt. 39

Die Klägerin hat vorgetragen: 40

Die Vereinbarung einer Anteilsübernahme durch die Beklagte habe es nicht gegeben. Der Vortrag der Beklagten hierzu sei auch unsubstantiiert. Die Leistungen der Beklagten (u.a. Bürgschaft, Einbringen von technischem Sachverstand) seien aufgrund der langfristigen Zahlungsziele im PET-Vertrag sowie aufgrund des Umstandes erfolgt, dass die Beklagte die Hauptabnehmerin der Produkte der PET-Anlage sein sollte und eine Anlage gewollt habe, die ihren Wünschen entsprach.

Die PET-Anlage sei am 31.5.2004 in Betrieb genommen worden. Sie sei ab dem 27. Mai 2004 teilweise und ausweislich eines Abnahmeprotokolls der Firma S[...] ab dem 7. Juni 2004 vollständig produktionsbereit gewesen. Damit sei die aufschiebende Bedingung des PET-Vertrages ausgelöst worden. Dafür spreche auch, dass die Beklagte ab Juni 2004 erhebliche Mengen an PET-Flaschen abgenommen habe.

Beide Parteien hätten bei Abschluss des PET-Vertrages angenommen, dass für die Leistung der Klägerin keine Mehrwertsteuer- und Biersteuerpflicht bestehe. Durch diese Steuerlast habe sich die Vorfinanzierung seitens der Klägerin und damit der der Beklagten gewährte Warenkredit weiter erhöht.

Die Klägerin sei aufgrund zahlreicher eklatanter Verstöße der Beklagten gegen ihre Vertragspflichten zur Vertragsaufhebung berechtigt gewesen:

Der fehlende Saisonschlüssel habe bei der Klägerin zu erheblichen Problemen geführt. Sie habe ihre Produktion in keiner Weise planen können. Besonders dramatisch sei dies bei der PET-Anlage gewesen. Um diese wirtschaftlich betreiben zu können, hätte die Klägerin eine Auslastung von 900.000 hl pro Jahr erreichen und damit neben der von der Beklagten abzunehmenden Menge weitere 300.000 hl am Markt platzieren müssen. Dies wäre ihr aber nur möglich gewesen, wenn sie gewusst hätte, wann sie freie, nicht von der Beklagten belegte Produktionskapazitäten habe. Sie habe deshalb mehrfach auf die Vorlage eines Saisonschlüssels gedrängt.

Wirtschaftlich noch schwerwiegender sei der Verstoß der Beklagten gegen die vertraglichen Abnahmepflichten gewesen. Die Beklagte habe im Jahre 2004 nur 236.291 hl in 0,33 l-Dosen und 71.827 hl in 0,5 l-Dosen abgenommen. Im Zeitraum Januar bis einschließlich März 2005 habe die Beklagte 41.612 hl in 0,33 l-Dosen und 17.605 hl in 0,5 l-Dosen abgenommen. Im Zeitraum Juni 2004 bis einschließlich März 2005 habe die Beklagte darüber hinaus 106.293 hl Pils und 48.289 hl Weizen in PET-Flaschen abgenommen. Nehme man noch die Bestellung der Beklagten vom 24.3.2005 hinzu, so habe sie im ersten Vertragsjahr des PET-Vertrages nur rund 184.000 hl Pils und 67.000 hl Weizen und damit deutlich zu wenig abgenommen. Dies habe bei der Klägerin einen enormen wirtschaftlichen Schaden verursacht.

Die Klägerin habe stets alle Bestellungen der Beklagten ausgeführt. Eine Anrechnung von nicht produziertem Radler/Diesel in Höhe von 120.000 hl könne nicht erfolgen, da die Parteien sich über eine entsprechende Vertragsänderung mangels Einigung über den Preis nicht hätten verständigen können. Eine Pflicht zur Vertragsänderung habe nicht bestanden. Auch eine Anrechnung von Mengen, die die Klägerin an die Discounter P[...] und N[...] geliefert habe, habe nicht zu erfolgen, da die Lieferverträge mit diesen Firmen nicht von der Beklagten vermittelt worden seien; auch fehle es an einer entsprechenden Anrechnungsvereinbarung.

Soweit die Beklagte nicht ausgeführte Bestellungen einwende und in diesem Zusammenhang auf «Forecasts» verweise, sei es so gewesen, dass diese noch keine endgültige Bestellung dargestellt hätten, sondern vielmehr erst anschließend eine ausdrückliche Bestellung erfolgt sei, die teilweise erheblich von den «Forecasts» abgewichen seien.

Die Kapazität der PET-Anlage liege bei 17.300 hl pro Woche.

Durch die Minderabnahmen seien der Klägerin bis einschließlich April 2005 im Bereich des Dosen-Vertrages 630.360,44 € und im Bereich des PET-Vertrages 5.776.840,39 € an Schäden entstanden. Fixkosten seien nicht schadensmindernd anzurechnen. Hinsichtlich der Schadensberechnung im Einzelnen wird auf die Anlage K24 und die dazu von der Klägerin vorgenommenen Erläuterungen Bezug genommen.

Eine Produktion bzw. Abnahme der ausstehenden Jahresmenge im PET-Vertrag wäre in dem Zeitraum nach dem 31.3.2005 bis zum Juni 2005 nicht mehr möglich gewesen. Sie, die Klägerin, hätte in diesem Zeitraum maximal weitere 148.848 hl produzieren können, was zum Ausgleich der Mindermenge von 445.518 hl nicht ausgereicht hätte.

Darüber hinaus habe die Beklagte in erheblicher Weise gegen ihre Zahlungspflichten aus beiden Verträgen verstoßen. Die Beklagte habe mit einer Ausnahme (Rechnung für Dosen-Bier aus Mai 2004 über 125.750,14 €) alle Rechnungen nur verspätet, teilweise oder gar nicht ausgeglichen.

Ausweislich einer Debitorenrechnung zum 31.1.2005 schulde die Beklagte mit Fälligkeit am 2.3.2005 insgesamt 222.946,57 €. Der Geschäftsführer der Beklagten habe Anfang März 2005 zugesagt, dass sämtliche Außenstände sofort ausgeglichen werden würden. Mit Schriftsatz vom 21.9.2005 hat die Klägerin die von der Gegenseite angegriffenen Positionen aus der Zusammenstellung erläutert. Auf den Schriftsatz wird Bezug genommen.

Zum 30.4.2005 seien weitere Forderungen aus Rechnungen aus dem Monat Februar über insgesamt 982.885,77 € fällig geworden. Insgesamt belaufe sich die fällige Kaufpreisforderung zum 30.4.2005 auf 1.205.832,34 €.

Die Klägerin hat gemeint, auf das Vertragsverhältnis sei das CISG anzuwenden. Ihr habe wegen der Pflichtverletzungen der Beklagten ein Recht zur Vertragsaufhebung zugestanden. Damit stehe ihr Ersatz des entgangenen Gewinns zu.

Das Verhalten der Beklagten habe dazu geführt, dass die Klägerin einerseits aufgrund der Minderabnahmen keine ausreichende Auslastung erzielt habe, andererseits aufgrund der vertraglichen Bindung keine verlässliche Planung für Verträge mit Dritten habe durchführen können.

Mahnung und Fristsetzung seien vor Vertragsaufhebung entbehrlich gewesen. Im Übrigen sei eine Kündigung im Februar 2005 schriftlich angedroht worden.

Die Klägerin hat beantragt,

41

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag von 7.613.033,18 € nebst 8% Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin jedweden Schaden, der der Klägerin durch die Vertragsverletzungen der beiden so genannten Produktions- und Lohnabfüllverträge vom 1. Dezember 2003 seit dem 1. Mai 2005 entsteht, zu ersetzen.

Die Beklagte hat beantragt,

42

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat vorgetragen:

43

Die streitgegenständlichen Verträge könnten nicht isoliert von dem geplanten Joint Venture der Parteien betrachtet werden. Zwischen den Parteien sei in zahlreichen Gesprächen seit

dem Jahre 2003 vereinbart worden, dass die Beklagte ebenso wie die T[...] 50% der Gesellschaftsanteile an der Klägerin erhalten solle. Dies allein sei der Grund für die zahlreichen wirtschaftlichen Unterstützungsmaßnahmen der Beklagten wie die Übernahme einer Bürgschaft, Ausreichung des Darlehens sowie das Einbringen von technischem Sachverstand. Auch sei es auf Verhandlungen des leitenden Direktors der Beklagten zurückzuführen, dass die Discoun-ter N[...] und P[...] seit Herbst 2004 von der Klägerin mit Bier in PET-Flaschen beliefert würden. Eine solche Akquise erkläre sich nur aus der angestrebten Partnerschaft. Auch die Rückkaufverträge seien auf die in erster Linie von der Beklagten geführten Verhandlungen zurückzuführen.

Durch das Vorenthalten der Gesellschaftsanteile habe die Klägerin die Vereinbarung in höchstem Maße verletzt. Die Beklagte habe ihr Know-how in den Bau der PET-Anlage nur wegen der vereinbarten zukünftigen Beteiligung an der Klägerin eingebracht.

Die Beklagte bestreitet die Rechnungen aus der Anlage K18 mit den laufenden Nummern 25–28 und 145.

Die PET-Abfüllanlage sei erst Ende Juli 2004 bzw. Ende August völlig betriebsbereit gewesen. Zwischen Fertigstellung einer solchen PET-Anlage und dem Betrieb unter Volllast vergingen regelmäßig acht bis zehn Wochen. Dadurch habe die Beklagte mit ihrem Hauptabnehmer A[...] keinen Liefervertrag mehr für die Hochsaison 2004 (März bis August) abschließen können. Die volle Abnahme der Jahresmenge sei dadurch erst 2005 möglich gewesen.

Die Kapazität der PET-Anlage belaufe sich auf bis zu 25.000 hl pro Woche.

Eine Verletzung der Pflicht zur Abstimmung des Saisonschlüssels liege nicht vor. Eine Reaktion der Klägerin auf das Beklagtenschreiben vom 18.1.2005 sei ausgeblieben, obwohl die Beklagte wiederholt an den Vorschlag einer Besprechung telefonisch erinnert habe.

Auch gegen Abnahmepflichten sei nicht verstoßen worden. So habe vielmehr die Klägerin beispielsweise in den Monaten Juli und August 2004 die ihr übersandten Abnahmeprognosen der Beklagten nicht eingehalten. Es sei deutlich weniger produziert worden als bestellt worden sei. Grund sei, dass die Klägerin an einen dritten Abnehmer in Ungarn geliefert habe.

Die Beklagte hat zunächst vorgetragen, bezüglich des PET-Vertrages hätte die vereinbarte Jahresmenge im Zeitraum vom 1.8.2004 bis 31.7.2005 abgenommen werden müssen. Sie hat dann mit Schriftsatz vom 21.9.2006 geltend gemacht, die Abnahmemenge müsse sich auf das jeweilige Kalenderjahr beziehen, so dass für 2005 noch eine Produktion der Fehlmenge nach dem 31.3.2005 möglich gewesen wäre.

Wegen der ausgebliebenen Belieferung von A[...] in der Hochsaison 2004, die auf die verspätete Inbetriebnahme der PET-Anlage zurückzuführen sei, habe die Beklagte sich nach Alternativen umgesehen. Die Produktion von 120.000 hl Alsterwasser/Radler/Diesel unter Einbeziehung in den PET-Vertrag habe die Klägerin vorsätzlich durch Preiserhöhungen boykottiert. Diese Menge von 120.000 hl sei deshalb von der Jahresmenge abzuziehen.

Mengenreduzierend zu berücksichtigen sei auch die Liefereinstellung im Zeitraum von der 6. bis zur 8. KW sowie der Umstand, dass die Beklagte der Klägerin Direktlieferverträge mit N[...] und P[...] vermittelt habe.

Insgesamt habe die Beklagte im Jahr 2005 Bestellungen von Bier in PET-Flaschen für insgesamt 362.435 hl aufgegeben und damit ihre Abnahmepflichten im ersten Vertragsjahr erfüllt.

2004 habe die Beklagte 228.799,67 hl 0,33 l-Dosen und 85.552,62 hl 0,5 l-Dosen abgenommen. Hinzu kämen 39.123 hl 0,33 l-Dosen und 9.262,58 hl 0,5 l-Dosen, die die Beklagte benötigt habe, die aber von der Klägerin nicht geliefert worden seien.

Es liege auch kein Verstoß der Beklagten gegen Zahlungsverpflichtungen vor, der eine Kündigung rechtfertigen könnte. Die Beklagte sei ihren Zahlungsverpflichtungen immer ordnungsgemäß nachgekommen. Auch habe es wiederholt Probleme mit den Rechnungen der Klägerin gegeben, insbesondere mit der Verrechnung von Gutschriften und Gegenverrechnungen.

Die Beklagte hat gemeint, der Klägerin stehe kein Recht zur Kündigung der Verträge zu, insbesondere weil es auch an einer Fristsetzung mit Kündigungsandrohung gefehlt habe. Das CISG sei nicht anwendbar. Soweit es die Schadensberechnung angehe sei nicht klar, was unter variablen Kosten zu verstehen sei und dass Fixkosten in Ansatz zu bringen seien. Ferner sei, wenn die sachverständig ermittelten Herstellkosten zutreffend seien, davon auszugehen, dass der Beklagten aufgrund der vertraglichen Abreden ein Anspruch auf Preisanpassung zustünde, da dies in § 4 der Verträge so vorgesehen sei.

Ein Verstoß gegen Abnahmepflichten scheidet schon rechtlich aus, da mit Abnahme im Sinne des Art. 64 CISG nur die körperliche Entgegennahme der Ware gemeint sei.

Die Beklagte hat im Prozess erster Instanz die Aufrechnung mit folgenden Gegenforderungen erklärt:

44

1. Schäden durch Lieferung von Verpackungsmaterialien etc. in Höhe von 1.078.281,74 €
2. Forderung für Beratungsleistungen in Höhe von 166.544 €
3. Forderung in Höhe von 45.357,67 €

Zu der Forderung zu 1) hat sie vorgetragen:

45

Im Rahmen ihrer Schadensminderungspflicht habe sie nach der Kündigungserklärung der Klägerin nicht verbrauchte Verpackungsmaterialien bei der Klägerin abholen lassen. Es hätte jedoch unverbrauchtes Verpackungsmaterial gefehlt, für das die Beklagte insgesamt 1.078.281,74 € bezahlt habe. Ein Schwund in dieser Höhe im normalen Produktionsablauf sei nicht möglich.

Hinsichtlich der Einzelheiten dieses Anspruchs wird auf den Beklagtenschriftsatz vom 19.1.2006 nebst Anlagen Bezug genommen.

Zu der Forderung zu 2) hat die Beklagte vorgetragen:

46

Um den ihr durch das abredewidrige Verhalten der Klägerin bzw. der T[...] entstehenden Schaden zumindest zu reduzieren, müsse die Beklagte der Klägerin die in 2004 erbrachten Beratungsleistungen auf Basis marktüblicher Sätze in Rechnung stellen. Es werde kaum von der Beklagten verlangt werden können, auf eigene Kosten die Betriebsstätte der Klägerin zu besuchen, Unterkunft zu nehmen und einer konkurrierenden Brauerei mit tatkräftigem Einsatz eine topmoderne Abfüllanlage zu bauen.

Zu der Forderung zu 3) hat die Beklagte vorgetragen:

47

Die Klägerin habe die – unstreitige – Gutschrift in Höhe von 123.952,21 € wegen mangelbehaftetem Weißbier erteilt. Es gehe um Kosten, die der Beklagten durch eine falsch verwendete Folie in der PET-Anlage der Klägerin entstanden sei. Die Klägerin habe ihre Ersatzpflicht durch die Gutschrift anerkannt. Den «Bruch» habe die Klägerin zu vertreten.

Ferner hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 8.12.2005 auf die mit vorprozessualen Schreiben vom 2.5.2005 erklärte Aufrechnung über 5.805.894 € verwiesen.

48

Schließlich hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 21.9.2006 vorsorglich die Aufrechnung in Höhe von 403.082,22 € wegen angeblich erfolgter Überzahlung im Dosen-Vertrag erklärt. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf den genannten Schriftsatz Bezug genommen.

Die Klägerin ist den zur Aufrechnung gestellten Forderungen entgegengetreten.

49

Zur Forderung zu 1) hat die Klägerin vorgetragen, die Beklagte berücksichtige nicht die noch bei der Klägerin gelagerten Mengen sowie die Vernichtung von Materialien aufgrund Ablaufs des Mindesthaltbarkeitsdatums. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf den Schriftsatz vom 21.9.2005 und dessen Anlagen 29–31 Bezug genommen.

Zur Forderung zu 2) hat die Klägerin gemeint, es fehle bereits an einer Anspruchsgrundlage. Ein entgeltlicher Beratungsvertrag sei nicht abgeschlossen worden. Auch sei der Vortrag unsubstantiiert.

Zur Forderung zu 3) hat die Klägerin vorgetragen, dass eine falsche Folierung bestritten werde. Der Schaden sei vielmehr durch ein Verschulden des Spediteurs entstanden.

Das Landgericht Frankfurt (Oder) hat am 15.12.2005 einen Hinweis- und Beweisbeschluss erlassen und ein Sachverständigengutachten eingeholt. Hinsichtlich des Ergebnisses dieser Beweisaufnahme wird auf das Gutachten der Sachverständigen Dr. W[...] und Fu[...] vom 7. Juli 2006 sowie auf die Erläuterungen des Sachverständigen Fu[...] im Termin am 25.1.2007 Bezug genommen.

50

Das Landgericht hat sodann am 29.3.2007 ein «Grund-, Teil- und Vorbehaltsurteil» erlassen, das in der Hauptsache folgenden Tenor enthält:

1. Es wird festgestellt, dass
 - a) der Kaufpreisanspruch der Klägerin aus den zwischen den Parteien geschlossenen Produktions- und Lohnabfüllungsverträgen vom 1.12.2003 und
 - b) der Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen Aufhebung der vorgenannten Verträge gegen die Beklagte gerechtfertigt sind.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin
 - a) 1.102.982,02 EUR nebst 8% Zinsen seit dem 22.06.2005 unter Vorbehalt der Entscheidung über die von der Beklagten wegen einer Forderung in Höhe von 1.078.281,74 EUR erklärten Aufrechnung sowie
 - b) 330.668,90 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8% seit dem 22.06.2005 zu zahlen.
3. In Höhe von 18.860,81 EUR nebst anteiliger Zinsen wird die Klage abgewiesen.

Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt:

Die Klage sei zulässig, insbesondere sei das Landgericht Frankfurt (Oder) örtlich zuständig.

Die Klägerin sei dem Grunde nach berechtigt, von der Beklagten den noch offenen Kaufpreis sowie Schadensersatz wegen berechtigter Aufhebung der Verträge vom 1.12.2003 zu verlangen.

Der Kaufpreisanspruch ergebe sich aus Art. 53 CISG i.V.m § 6 der Verträge. Von den geltend gemachten 1.205.832,34 EUR seien die streitigen Rechnungspositionen 25–28 und 145 in Höhe von 57.492,65 EUR sowie 45.357,67 EUR wegen einer von der Beklagten erklärten Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch aufgrund mangelhafter Bierlieferung abzuziehen. In Höhe der Abzugsposten sei der Rechtsstreit nicht entscheidungsreif und habe deshalb über das Grundurteil hinaus nur ein Teilurteil ergehen können. Da die Beklagte darüber hinaus die Aufrechnung mit Gegenforderungen in Höhe von 1.078.281,74 EUR wegen Verlusts des Verpackungsmaterials erklärt habe und diese Forderung noch nicht entscheidungsreif sei, habe zudem ein Vorbehaltsurteil ausgesprochen werden müssen.

Ein aufrechenbarer Gegenanspruch in Höhe von 166.544 EUR wegen entgeltlicher Beratungstätigkeit stehe der Beklagten nicht zu, da Umstände für eine Entgeltlichkeit nicht ersichtlich seien.

Der Klägerin stehe dem Grunde nach auch ein Schadensersatzanspruch wegen der Vertragsaufhebung gemäß Art. 64 Abs. 1 lit. a CISG i.V.m. Art. 74 CISG zu. Die Klägerin sei aufgrund

wesentlicher Vertragsverletzung der Beklagten in Form der Nichtmitwirkung bei der Abstimmung eines Saisonschlüssels ohne Nachfristsetzung berechtigt gewesen, die Verträge zu kündigen.

Darüber hinaus ergebe sich das Kündigungsrecht auch aus Art. 64 Abs. 1 lit. b CISG. Die hierfür erforderliche Nachfristsetzung sei aufgrund der eindeutigen Formulierungen in den Schreiben der Klägerin vom 17.9. und 27.10.2004 erfolgt.

Ob darüber hinaus der Verstoß gegen vertragliche Abnahme- und Zahlungsverpflichtungen ein Kündigungsrecht begründe, könne deshalb dahingestellt bleiben.

Der Höhe nach bemesse sich dieser Schadensersatzanspruch nach dem entgangenen Gewinn. Hierfür sei das mögliche Abnahmeverhalten der Beklagten unerheblich. Entscheidungsreif sei der Rechtsstreit insoweit nur in Höhe von 330.668,90 EUR. Dies sei der Schaden aus dem «Dosenvertrag» für den Zeitraum aus 2004, wie er gutachterlich überzeugend festgestellt worden sei. Der diesen Betrag übersteigende Betrag der Klägerin in Höhe von 18.860,81 EUR sei abzuweisen gewesen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie ihren erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag weiter verfolgt.

53

Die Beklagte trägt vor:

54

Der Sachverhalt sei vom Landgericht nicht hinreichend aufgeklärt und der Beklagten sei kein rechtliches Gehör gewährt worden. Das Verfahren in erster Instanz, gekennzeichnet durch einen Richterbankwechsel und eine Änderung in der Rechtsauffassung, sei grob verfahrensfehlerhaft gewesen.

Im Rahmen der Frage einer wesentlichen Vertragspflichtverletzung habe das Landgericht nicht beachtet, dass die Beteiligten den gemeinsamen Erwerb und Betrieb der F[...] Brauerei nicht nur geplant, sondern diese Partnerschaft auch schon weitgehend umgesetzt hätten. Aufgrund dieses engen Verhältnisses sei die Vertragsaufhebung treuwidrig.

Es liege keine wesentliche Vertragsverletzung im Sinne des Art. 25 CISG hinsichtlich der Nichtabstimmung eines Saisonschlüssels vor.

Schon die Formulierung im Vertrag lasse nicht erkennen, dass mit dem Saisonschlüssel der Vertrag «stehen und fallen» solle. Es handele sich lediglich um eine vertragliche Neben- oder Mitwirkungspflicht. Auch habe die Abstimmung eines Saisonschlüssels bei der Vertragsdurchführung tatsächlich keine Rolle gespielt. So habe die Beklagte Dosenbier seit Januar 2004 bezogen, ohne dass ein Saisonschlüssel vereinbart worden sei.

Auch sei eine exakte Vorhersage der in einem bestimmten Monat benötigten Menge gar nicht möglich. Insbesondere die großen Discounter, von denen die Beklagte u.a. A[...] mit PET-Bierflaschen beliefert, bestellten stark variabel und kurzfristig, da A[...] selbst keine größeren Lagerkapazitäten habe und zudem in den Geschäftslokalen noch eine Mindesthaltbarkeitsdauer von vier Monaten benötige. Um dem gerecht zu werden, sei zwischen den Parteien mit so

genannten «Forecasts» gearbeitet worden, der die prognostizierte Abnahme der nächsten acht Wochen umfasse. Einen detailgenauen Saisonschlüssel habe die Klägerin damit nicht erwarten dürfen, dies sei branchenüblich und habe keinen schwerwiegenden Nachteil für die Klägerin verursacht.

Die Beklagte sei auch zur Abstimmung bereit gewesen. Der klägerische Vorschlag vom 6.1.2005 sei jedoch unbrauchbar gewesen, da er die saisonalen Schwankungen im Discountgeschäft ignoriert habe. Auf den darauf erfolgten Vorschlag einer Besprechung sei die Klägerin nicht eingegangen.

Da die Testphase für die PET-Anlage erst im August 2004 erfolgreich beendet worden sei, sei für 2004 lediglich noch anteilig die Abnahmemenge abzustimmen gewesen. Die Abnahmeverpflichtung habe kalenderjährlich bestanden, wie sich auch aus dem Klägerschreiben vom 17.9.2004 ergebe. Eine echte Jahresmengenplanung habe deshalb erst zum Jahr 2005 angestanden. Es sei den Parteien klar gewesen, dass eine Vollauslastung erst in 2005 würde erfolgen können und dass in der Frühlings- und Sommerzeit 2005 die ganz überwiegenden Mengen zu liefern gewesen wären.

Die Schreiben der Klägerin vom 17.9. und 27.10.04 seien keine ausreichenden Abmahnungen, da die Testphase gerade erst beendet worden sei und die Klägerin selbst ihren Saisonschlüssel erst danach vorgelegt habe. Im Nachgang der Schreiben sei weiter auf Basis der Forecasts gearbeitet worden. In den gesamten Besprechungen im Herbst 2004 sei die Vereinbarung eines Saisonschlüssels nicht auf der Tagesordnung gewesen. Auch sei beispielsweise in einer E-Mail vom 22./23.3.05 von Klägerseite keine Rede von einem Saisonschlüssel gewesen, sondern habe man die Abwicklung auf der Basis der Forecasts empfohlen. Die anschließende Kündigung sei überraschend und unberechtigt erfolgt.

Das Verhalten der Klägerin sei zudem treuwidrig. Geplant gewesen sei die gemeinsame Übernahme und in der Folge der gemeinsame Betrieb der O[...] Brauerei/F[...] Brauhaus durch die die Beklagte zusammen mit der T[...]. Die geschlossenen Verträge stellten sich mithin nur als Teil einer bereits in Umsetzung befindlichen Kooperation dar. Die Verträge hätten vornehmlich dazu gedient, der Klägerin für ihre Verhandlungen mit den Banken Umsatznachweise zu verschaffen.

Zwischen den Parteien bzw. der T[...] sei ein Joint Venture an der Klägerin geplant gewesen. Die Beklagte habe dabei zunächst im Hintergrund bleiben sollen, da ein Erwerb von Gesellschaftsanteilen bei den Beteiligten zu Schwierigkeiten bei den begehrten Fördergeldern geführt hätte.

Der Erwerb der Brauerei durch die T[...] am 19.12.03 sei nur möglich gewesen, weil die Beklagte als Partner mit an Bord gewesen sei. Die Beklagte sei in der Öffentlichkeit immer wieder als «Kooperationspartner» der Klägerin bezeichnet worden. Geplant gewesen sei, von dem dann gemeinsamen Standort F[...] den dann gemeinsamen Endabnehmer A[...] zu beliefern.

Die Beklagte habe sich durch eine Vielzahl von Leistungen bei der Klägerin eingebracht. So habe die Beklagte Anfang 2004 250.000 € «an die Gegenseite gezahlt». So etwas würde ein Kunde nicht tun. Ferner habe die Beklagte – insoweit unstrittig – eine Bürgschaft über

300.000 € für die Klägerin ausgebracht. Ferner belege die – unstreitige – Unterstützung beim Aufbau der PET-Anlage das Bestehen einer Partnerschaft. Erst nachdem sich die Klägerin dann allen Vereinbarungen versperrt habe, habe man diese Tätigkeiten in Rechnung gestellt. Auch der Abschluss von Rückkaufverträgen sowie die Akquise von Kunden sprächen für eine solche Partnerschaft.

Nachdem die Klägerin im Juni 2004 mitgeteilt habe, nun doch keine gemeinsame Gesellschaft bilden zu wollen, sei in den folgenden Monaten über das weitere Vorgehen verhandelt worden. Durch diese Wendung sei quasi die Geschäftsgrundlage der Abfüllverträge entfallen.

Hinsichtlich der Schadensberechnung beim Dosen-Vertrag für 2004 sei es fehlerhaft, die Fixkosten nicht zu berücksichtigen. Dies sei eine Rechtsfrage und nicht vom Gutachter zu beantworten. Hier sprächen die Besonderheiten des Sachverhalts (Partnerschaft) für eine Berücksichtigung.

Das Einbringen von entgeltlichen Beratungsleistungen der Beklagten wie auch der T[...] hätten die Parteien mündlich vereinbart, dies sei auch in die vorbereitete Kooperationsvereinbarung eingeflossen. Die Rechnungslegung sei nur wegen des Gesprächsabbruchs zur Schadensbegrenzung erfolgt.

Wollte die Klägerin – was nach Meinung der Beklagten eine unzulässige Klageänderung wäre – Erfüllung bzw. aus Nichterfüllung resultierenden Schadensersatz wegen Minderabnahmen aus 2004 geltend machen, so seien die daraus resultierenden Forderungen verjährt.

Der Senat hat mit Beschluss vom 29.4.2008 die Entscheidung über die Klage an sich gezogen, soweit der Rechtsstreit noch vor dem Landgericht Frankfurt (Oder) anhängig gewesen ist. Auf den Beschluss wird Bezug genommen.

55

Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vom 7.10.2008 die Rücknahme der Forderung aus Nr. 26 der Anlage K18 (43.434,30 €) sowie die Nichtansetzung der Gutschrift aus Nr. 28 der Anlage K28 (7.066,45 €) erklärt. Die Beklagte hat der Klagerücknahme zugestimmt.

56

In der Berufungsinstanz beantragt die Beklagte,

57

die Klage unter Abänderung des angefochtenen Urteils abzuweisen.

Die Klägerin beantragt nunmehr,

58

1. die Berufung zurückzuweisen,
2. über die Anträge aus erster Instanz zu entscheiden, soweit über sie nicht teilweise bereits entschieden oder sie teilweise zurückgenommen worden sind, wobei die Klägerin hinsichtlich der Feststellungsanträge nunmehr beantragt festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin jedweden Schaden, der ihr durch die Aufhebung des so genannten PET-Produktions- und Lohnabfüllvertrages und des Dosen-Produktions- und Lohnabfüllvertrages vom 1.12.2003 auf Grund der Kündigung vom 30.3.2003 seit dem 1. Mai 2005 entstanden ist,

hilfsweise,

diese Feststellung hinsichtlich der Kündigung vom 28. November 2005 zu treffen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage auch insoweit abzuweisen.

59

Die Klägerin trägt unter Verteidigung der angefochtenen Entscheidung vor:

60

Das vom Landgericht erlassene Teilurteil sei zulässig. Sollte es unzulässig sein, wäre die Sache an die erste Instanz zurückzuverweisen, da ansonsten eine umfangreiche Beweisaufnahme in zweiter Instanz zu erfolgen habe.

Die fehlende Mitwirkung an der Erstellung des Saisonschlüssels sei eine wesentliche Vertragsverletzung, da nur eine Jahresplanung der Klägerin ermöglicht hätte, die freien Kapazitäten (die Beklagte habe im PET-Bereich nur 2/3 der Produktion der Klägerin abgenommen) am Markt anderweitig zu platzieren. Auch wenn die Parteien sich «für einen gewissen Zeitraum» mit Forecasts beholfen hätten, habe die Klägerin ihre Forderung nach einem Saisonschlüssel nie fallengelassen. Der Beklagtenvortrag hierzu sei gemäß § 531 Abs. 2 ZPO unzulässig, so dass die Klägerin auf eine Stellungnahme dazu verzichte.

Geltend gemacht worden sei die Mengenplanung mit Schreiben vom 17.8.2004, 6.9.2004, 17.9.2004, 6.1.2005 und 17.2.2005.

Zudem sei im Zeitpunkt der Vertragskündigung ein Betrag von mindestens 1,1 Mio € zur Zahlung offen. Diese ständige Nichtzahlung im Sukzessivliefervertrag stelle gleichfalls eine wesentliche Pflichtverletzung dar, ebenso wie die Nichterfüllung der Abnahmeverpflichtungen.

Auch sei im Zeitpunkt der Vertragsaufhebung die Abnahmeverpflichtung von 600.000 hl Bier in PET-Flaschen nicht mehr zu erfüllen gewesen; dies komme einer endgültigen Erfüllungsverweigerung gleich und sei insofern eine wesentliche Vertragsverletzung. Eine Nachfristsetzung sei in einem solchen Fall sinnlos.

Eine «Vorproduktion» durch die Klägerin zwecks Anbietens zur Abnahme sei nicht möglich gewesen.

Der landgerichtlichen Wertung stehe auch nicht die behauptete angestrebte Partnerschaft entgegen.

Eine Partnerschaft sei zwischen den Parteien in keiner Form begründet worden, weder als Beteiligung noch als Joint Venture oder Kooperationsvertrag. Richtig sei lediglich, dass über eine Partnerschaft in Form einer Beteiligung oder eines Joint Venture verhandelt worden sei. Letztlich hätten die Parteien eine Partnerschaft nicht mehr eingehen wollen, weil eine solche – unstrittig – gegen die Kriterien der Fördermittelvergabe verstoßen hätte und die Klägerin dann keine Fördermittel für den Bau und den Betrieb ihres Produktionsstandortes erhalten hätte. Spätestens im Februar 2004 hätten die Verhandlungen über eine Partnerschaft geendet.

Die Partnerschaft sei auch nicht umgesetzt worden. Auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage könne sich die Beklagte nicht berufen, da es dieses Rechtsinstitut im CISG nicht gebe. Der Beklagtenvortrag dazu sei auch nicht schlüssig.

Es liege auch kein Überraschungsurteil vor. Die tragenden Aspekte seien zwischen den Parteien schriftsätzlich ausführlich erörtert worden und seien auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Die Einrede der Verjährung sei verspätet, aber auch unbegründet, da die Klägerin keinen Erfüllung-, sondern einen Schadensersatzanspruch geltend mache: auch Ansprüche wegen nicht bestellter Biermengen seien Schadensersatzansprüche.

Der Senat hat mit Terminsverfügung vom 29.4.2008 darauf hingewiesen, dass die Aufrechnung mangels Bestimmung einer Reihenfolge der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen unzulässig sei. 61

Die Reihenfolge hat die Beklagte daraufhin mit Schriftsatz vom 11.6.2008 wie folgt bestimmt: 62

1. Schäden durch Lieferung von Verpackungsmaterialien etc. in Höhe von 1.078.281,74 € wegen unberechtigter Vertragskündigung
2. Forderung in Höhe von 166.544 €
3. Forderung in Höhe von 45.357,67 €
4. Unbezifferter Schadensersatzanspruch wegen unberechtigter Kündigung seitens der Klägerin.

Diese Forderungen würden in dieser Reihenfolge der Hauptforderung der Klägerin in folgender Reihenfolge entgegengehalten: 63

1. Zahlungsanspruch in Höhe von 1.205.832,34 €
2. Schadensersatzanspruch aus dem Dosen-Vertrag in Höhe von 630.360,44 €
3. Schadensersatzanspruch aus dem PET-Vertrag in Höhe von 5.776.840,39 €

Hinsichtlich des weiteren Vortrags der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze und ihre Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung der Beklagten hat gegenwärtig nur zum Teil Erfolg. Zwar rügt die Beklagte zu Recht die Unzulässigkeit des ergangenen Teilurteils, so dass dieses an sich aufzuheben und der Rechtsstreit zurückzuverweisen wäre. Hiervon hat der Senat jedoch aus prozesswirtschaftlichen Gründen abgesehen und den Rechtsstreit, auch soweit er noch in erster Instanz anhängig war, an sich gezogen, um einheitlich entscheiden zu können (dazu A.). 64

In der Sache führte die Berufung nur hinsichtlich des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs aus dem Dosen-Vertrag ab 2005 (dazu D.II.) und den auf diesen Vertrag bezogenen 65

Feststellungsantrag (dazu B.II.) zur begehrten Klageabweisung. Im Übrigen war der Klage sowohl hinsichtlich der noch geltend gemachten Kaufpreisforderung (dazu C.) als auch hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs für die Minderabnahmen 2004 beim Dosen-Vertrag (dazu D.I.) sowie hinsichtlich des Feststellungsantrags bezüglich des PET-Vertrages (dazu B.III.) stattzugeben und hatte die Berufung im Ergebnis insoweit keinen Erfolg. Hinsichtlich der Verpflichtung zum Schadensersatz wegen der Mindermengen im Zeitraum Juni 2004 bis einschließlich April 2005 im Rahmen des PET-Vertrages ist der Rechtsstreit noch nicht entscheidungsreif; hier war der Anspruch jedoch bereits – ebenso wie in erster Instanz – dem Grunde nach festzustellen (dazu E.). Aufrechenbare Gegenforderungen stehen der Beklagten demgegenüber nicht zu (dazu D.I.4).

A.

Das angefochtene Urteil des Landgerichts Frankfurt (Oder) enthält ein unzulässiges Teilurteil. Das Berufungsgericht hat davon abgesehen, den Rechtsstreit an das Landgericht zurückzuverweisen (§ 538 Abs. 2 Ziff. 7 ZPO) und hat stattdessen wegen Sachdienlichkeit (prozesswirtschaftliche Erwägung) die Entscheidung über den noch beim Landgericht rechtshängigen Teil der Klage an sich gezogen.

66

Die Unzulässigkeit des Teilurteiles ergibt sich daraus, dass die Leistungsklage der Klägerin sich aus einer Vielzahl von Positionen zusammensetzt und die Beklagte ihrerseits die Aufrechnung erklärt hat mit einer aus mehreren Positionen bestehenden Gegenforderung. Das Landgericht hat dann nur über einen Teil der Leistungsklage durch Teilurteil entschieden und auch nicht vollständig über die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen. Durch die Verknüpfung der Klageforderungen mit den Gegenforderungen durch Aufrechnung und den Umstand, dass über einzelne Positionen der Kaufpreisforderung und über einzelne Positionen der Aufrechnung keine Entscheidung getroffen worden ist, bestand die Gefahr widersprechender Entscheidung über den ausstehenden Rest der Klageforderung (BGH, NJW 2000, 958).

67

Hinzu kommt, dass das Landgericht ein Grundurteil nicht hinsichtlich aller Klageanträge erlassen, sondern nur über den Zahlungsanspruch (Antrag zu 1.) dem Grunde nach entschieden hat. Eine Entscheidung über den Feststellungsantrag (Antrag zu 2.) wurde nicht getroffen. Das ergibt sich einmal aus dem Tenor, ferner aus den Entscheidungsgründen, in denen auf den Feststellungsantrag nicht eingegangen wird. Hiervon abgesehen hätte auch über den unbezifferten Feststellungsantrag durch Grundurteil nicht entschieden werden können (BGH, NJW 2001, 155). Auch insoweit bestand die Gefahr widersprechender Entscheidungen, weil das Landgericht bei der Entscheidung über den Feststellungsantrag über dasselbe tatsächliche Geschehen zu entscheiden hatte, aus welchem die Klägerin (teilweise) ihr Leistungsbegehren herleitet.

68

Wegen der Gefahr widersprechender Entscheidungen darf nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bei objektiver Klagehäufung von Leistungsbegehren und Feststellungsansprüchen, die aus demselben tatsächlichen Geschehen hergeleitet werden, nicht gesondert durch Teilurteil über einen oder nur einen Teil der Ansprüche entschieden werden (BGH, NJW 2001, 155 m.w.N.).

69

Das Ansichziehen entsprach im Rahmen der gebotenen Ermessensausübung der Prozesswirtschaftlichkeit. Es führt in jedem Fall zu einer Verfahrensbeschleunigung, die auch im Hinblick auf die Länge des Prozesses in erster wie auch mittlerweile in zweiter Instanz anzustreben war. Diesem Aspekt war Vorrang einzuräumen vor dem Umstand, dass den Parteien durch das Ansichziehen in Teilen eine Instanz verloren geht. 70

B. 71
 Der Klägerin steht hinsichtlich des PET-Vertrages ein Anspruch auf Ersatz desjenigen Schadens zu, der ihr durch die am 31.3.2005 erfolgte Vertragsaufhebung seit dem 1.5.2005 entstanden ist. Dies war auf Antrag der Klägerin – nach dem das Oberlandesgericht den gesamten Rechtsstreit in die Berufungsinstanz gezogen hat – festzustellen. Der Feststellungsantrag hinsichtlich des Dosen-Vertrages ist hingegen unbegründet.

Der Feststellungsantrag ist zulässig. 72

I. 73
 Der Feststellungsantrag in der Fassung, die dem landgerichtlichen Urteil zugrunde lag, war unzulässig, da er das festzustellende Rechtsverhältnis nicht hinreichend präzise umschrieb. Um dem Bestimmtheitsgebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zu genügen, ist eine bestimmte Bezeichnung des zum Ersatz verpflichtenden Ereignisses erforderlich (BGH v. 10.1.1983, NJW 1983, 2247; BGH v. 4.10.2000, NJW 2001, 445). Dafür reichte die pauschale Umschreibung von nicht näher angeführten «Vertragsverletzungen» im ursprünglichen Antrag nicht aus.

Auf entsprechenden Hinweis des Senats hat die Klägerin in zweiter Instanz ihren Antrag sachdienlich so klargestellt, dass er nunmehr zulässig ist. Nunmehr wird konkret angegeben, auf welches zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis die Klägerin abstellen will; dies reicht für § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO aus. 74

Das Feststellungsinteresse ist gleichfalls zu bejahen. Im Zeitpunkt der erstmaligen Antragstellung (Mai 2005) befand sich der Schaden noch in der Entwicklung und brauchte deshalb noch nicht beziffert zu werden. Auch wenn die Vertragsdauer und damit der Schadenszeitraum mittlerweile abgelaufen sind, braucht eine einmal erhobene Feststellungsklage nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht in eine Leistungsklage umgestellt zu werden. 75

II. 76
 Der Feststellungsantrag zum Dosen-Vertrag ist sowohl als Haupt- als auch als Hilfsantrag unbegründet, soweit die Feststellung der Schadensersatzpflicht hinsichtlich des Dosen-Vertrages begehrt wird. Der Dosen-Vertrag wurde weder durch die Erklärung vom 31.3.2005 (soweit die Klägerin im letzten Verhandlungstermin im Antrag den 30.3.2005 benannt hat, handelt es sich um ein offensichtliches Versehen, da es keine Kündigung mit diesem Datum gibt) noch durch die Kündigung vom 28.11.2005 wirksam aufgehoben.

Die Frage der berechtigten Vertragsaufhebung ist dabei für den Dosen-Vertrag und für den PET-Vertrag jeweils gesondert zu beurteilen, da beide Verträge rechtlich als selbständig anzusehen sind. Dafür sprechen vor allem die Aufnahme in zwei getrennte Vertragsurkunden, die unterschiedlichen Anfangszeitpunkte (auch wenn dies erst nachträglich klargestellt wurde) 77

sowie der Umstand, dass jeder der Verträge auch ohne den anderen vorstellbar wäre. Zwingende Gründe, warum die Verträge hinsichtlich der Frage von Pflichtverletzungen und Kündigungsrechten trotz der formalen Trennung und abweichenden Anfangs- und Endzeitpunkte als Einheit zu betrachten wären mit der Folge, dass die Verletzung des einen Vertrages zugleich die Aufhebung beider Verträge rechtfertigen würde, hat die Klägerin nicht vorgetragen. Lediglich in dem als Anlage K33 eingereichten Rechtsgutachten von Prof. Dr. Gr[...] finden sich dazu einige wenige Zeilen auf Seite 22 des Gutachtens. Dieser – und mit ihm die Klägerin – meint, es spreche die gemeinsame rechtliche Gestaltung (zeit- und praktisch wortgleicher Abschluss) sowie das erkennbare Interesse der Parteien für eine juristische Einheit der Verträge, nämlich die Sicherung der Wirtschaftlichkeitsgrundlage für die Investition der Klägerin. Letzteres spricht eher gegen die Einheitlichkeit der Verträge, denn nähme man die Einheitlichkeit an, so würde dies auch für eventuelle Kündigungsrechte der Beklagten gelten, mit der Folge, dass sie bei einer wesentlichen Vertragsverletzung des Dosenvertrages zugleich auch den wesentlich gewichtigeren PET-Vertrag hätte kündigen und damit der Klägerin genau diese wirtschaftliche Grundlage hätte entziehen können. Die weitgehende Wortidentität ist zwar gegeben, hilft aber als Argument nicht weiter, da die Parteien trotz dieser Teilidentität zwei Vertragsurkunden aufgesetzt und ihre Vertragsbeziehungen gerade *nicht* in einer Urkunde geregelt haben.

1.

Die Klägerin stützt das von ihr geltend gemachte Recht zur Aufhebung auf drei Gründe: auf eine Verletzung der Abnahmeverpflichtungen (dazu aa), eine Verletzung der Zahlungsverpflichtungen (dazu bb) sowie auf eine Verletzung der Pflicht zur Abstimmung eines Saisonschlüssels (dazu cc). Keiner dieser Gründe greift beim Dosen-Vertrag durch. Im Einzelnen:

78

a)

Die Klägerin macht geltend, dass die Beklagte sowohl im Jahre 2004 als auch in den ersten drei Monaten des Jahres 2005 nicht die nach dem Vertrag vorgesehene Menge an Bier bestellt bzw. abgenommen habe. Dieser Vortrag rechtfertigt eine Vertragskündigung nach den in Betracht kommenden Vorschriften nicht. Dabei sind die einschlägigen Normen dem CISG zu entnehmen. Dass dieses anwendbar ist, hat die Beklagte in zweiter Instanz nicht mehr in Abrede gestellt. Die Anwendbarkeit hat das Landgericht zudem mit zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Urteil bejaht; auf diese Ausführungen wird Bezug genommen (Seite 7 und 8 des angefochtenen Urteils).

79

aa)

Auf die abgenommene Menge in den ersten drei Monaten des Jahres 2005 kann es dabei schon deshalb nicht ankommen, weil die Beklagte insofern keine vertraglich bestimmte Verpflichtung zur Abnahme einer bestimmten Menge traf. Vertraglich vorgesehen war lediglich die Abnahme einer bestimmten Menge pro «12-Monatszeitraum». Da der Dosenvertrag am 1.1.2004 begann, deckte sich dieser 12-Monatszeitraum mit dem jeweiligen Kalenderjahr und war demnach für das Jahr 2005 bei weitem noch nicht abgelaufen; eine Nachproduktion der fehlenden Mengen wäre auch noch bis zum Jahresende möglich gewesen.

80

Ob sich durch die vertraglich vorgesehene Vereinbarung eines Saisonschlüssels diese Verpflichtung auf eine monatliche Pflicht konkretisiert hätte, kann offen bleiben, da es jedenfalls für 2005 unstreitig nicht zur Vereinbarung eines solchen Saisonschlüssels gekommen ist.

81

Eine Pflichtverletzung kann deshalb hinsichtlich des Dosen-Vertrages nur in Form einer Verletzung der für das Jahr 2004 vorgesehenen Jahresmenge von 400.000 hl in Betracht kommen.

82

bb)

83

Aus Art. 73 Abs. 2 CISG kann die Klägerin kein Aufhebungsrecht in diesem Zusammenhang für sich herleiten. Nach dieser Vorschrift wäre es zwar möglich, wegen der Nichterfüllung einer Teillieferung einen Sukzessivlieferungsvertrag auch für die Zukunft aufzuheben, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass eine wesentliche Vertragsverletzung in Bezug auf künftige Teillieferungen zu erwarten ist. Die Vertragsaufhebung muss jedoch «innerhalb angemessener Frist» erklärt werden. Dies hat die Klägerin nicht getan. Die Frist beginnt in dem Zeitpunkt, in dem der Gläubiger von der Pflichtwidrigkeit bezüglich der jeweils letzten, nicht ordnungsgemäßen Teillieferung erfährt (Staudinger/*Magnus*, Art. 73 CISG Rn. 24 m.w.N.). Die Nichterfüllung der Pflicht zur Abnahme der Jahresmenge für 2004 stand für die Klägerin mit dem 1.1.2004 fest. Feste Vorgaben, wann eine Frist noch als angemessen anzusehen ist, gibt es zwar nicht; die Frist ist vielmehr unter Beachtung aller Umstände des Einzelfalls zu bestimmen. Ein Zuwarten mit der Vertragsaufhebung bis zum 31.3.2005, also fast drei Monate lang, ist jedoch in jedem Fall zu lang.

cc)

84

Eine Vertragsaufhebung wegen Nichteinhaltung der Jahresabnahmemenge 2004 war auch nicht gemäß Art. 64 Abs. 1 lit. b CISG möglich. Nach dieser Vorschrift kann der Verkäufer die Vertragsaufhebung erklären, wenn der Käufer nicht innerhalb einer zu setzenden Nachfrist seine Pflicht zur Kaufpreiszahlung oder zur Abnahme der Ware erfüllt. Diese Vorschrift ist schon deshalb nicht einschlägig, weil mit dem dort verwendeten Begriff der «Abnahme» die körperliche Entgegennahme bereits produzierter Ware gemeint ist. Bei der geltend gemachten Pflichtverletzung geht es jedoch um die für die Herstellung der Ware erforderliche Bestellung. Diese dient nicht der Lieferung der Ware im Sinne einer körperlichen Übergabe und unterfällt deshalb nicht dem Abnahmebegriff in Art. 64 Abs. 1 lit. b CISG (vgl. Honsell/*Schnyder/Staub*, Art. 60 CISG Rn. 30).

dd)

85

Schließlich besteht auch kein Aufhebungsrecht nach Art. 64 Abs. 1 lit. a CISG. Nach dieser Vorschrift kann der Verkäufer die Vertragsaufhebung erklären, wenn die Nichterfüllung einer dem Käufer nach dem Vertrag obliegenden Pflicht eine wesentliche Vertragsverletzung im Sinne des Art. 25 CISG darstellt. Eine Frist zur Ausübung dieses Rechts sieht das Gesetz nicht vor, ebenso wenig die Pflicht zur Setzung einer Nachfrist vor Vertragsaufhebung. Die Vorschrift ist auch bei Sukzessivlieferungsverträgen, also neben Art. 73 CISG, anwendbar.

Die Nichteinhaltung der Jahresabnahmemenge für 2004 erfüllt nicht die Voraussetzungen des Art. 64 Abs. 1 lit. a CISG, da diese Pflichtverletzung jedenfalls nicht als wesentlich einzustufen ist.

86

Wesentlich ist eine Vertragsverletzung nach der Definition des Art. 25 CISG dann, wenn sie für die andere Partei einen solchen Nachteil zur Folge hat, dass ihr im wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen, es sei denn, dass die vertragsbrüchige Partei diese Folge nicht vorausgesehen hat und eine vernünftige Partei diese Folge unter den gleichen Umständen auch nicht vorausgesehen hätte. Für die Feststellung des wesentlichen Vertragsinteresses in diesem Sinne kommen grundsätzlich Vertragsverpflichtungen jeder Art in Betracht, gleichgültig, ob sie eine Haupt- oder Nebenpflicht darstellen oder lediglich Erfüllungsmodalitäten betreffen (BGH v. 3.4.1996, NJW 1996, 2364). Bei der Prüfung dieser Fragen ist auch auf die Tendenz des CISG Rücksicht zu nehmen, die Vertragsaufhebung zugunsten anderer in Betracht kommender Rechtsbehelfe wie Minderung oder Schadensersatz zurückzudrängen; die Vertragsaufhebung soll – sowohl auf Käufer– als auch auf Verkäuferseite – nur als letzte Möglichkeit zur Verfügung stehen (BGH v. 3.4.1996, a.a.O.; Staudinger/Magnus, a.a.O., Art. 64 CISG Rn. 4).

87

Die Beantwortung der Frage, ob eine Vertragswidrigkeit nach dem dargelegten Maßstab als wesentlich anzusehen ist, obliegt in erster Linie dem Tatrichter. Entscheidend sind stets die Umstände des Einzelfalls (BGH v. 3.4.1996, a.a.O.). Hiervon ausgehend stellt die Verletzung der Verpflichtung zur Abnahme der vertraglich bestimmten Jahresmenge keine wesentliche Vertragsverletzung dar.

88

Auf der Grundlage des in erster Instanz eingeholten und insoweit überzeugenden Sachverständigengutachtens ist davon auszugehen, dass die Beklagte im Jahre 2004 insgesamt 225.030 hl 0,33 l-Dosen und 83.948 hl 0,5 l-Dosen Bier von der Klägerin abgenommen hat. Damit hat die Beklagte bezogen auf die vereinbarte Jahresmenge von 400.000 hl insgesamt 91.022 hl zu wenig abgenommen. Dies sind zwar bezogen auf das Jahr 2004 knapp 23% zu wenig. Da aber im Rahmen des Art. 64 CISG – anders als bei Art. 73 Abs. 2 CISG – nicht auf die Teillieferungen, sondern auf den gesamten Vertrag abzustellen ist, ist die Wesentlichkeit entgegen der Ansicht der Klägerin bezogen auf den *gesamten* Vertragszeitraum von drei Jahren zu bestimmen. Nur eine solche Betrachtung gewährleistet einen hinreichend voneinander abgetrennten Anwendungsbereich von Art. 64 CISG und Art. 73 Abs. 2 CISG. In drei Jahren aber hätte die Beklagte insgesamt 1,2 Millionen Hektoliter Bier in Dosen abnehmen müssen, dann macht die Fehlmenge für 2004 nur 7,5% aus. Angesichts des erheblichen Gesamtvertragsvolumens vermag der Senat eine solche Fehlmenge und den daraus resultierenden Schaden bei der Klägerin nicht als Wegfall eines *wesentlichen* Vertragsvorteils einzuordnen.

89

b)

Die Klägerin hat ihr Recht auf Vertragsaufhebung sowohl in der ausgesprochenen Kündigung als auch im Prozess auf einen erheblichen Zahlungsverzug der Beklagten gestützt.

90

Ein Recht zur Aufhebung des Dosenvertrags zum 31.3.2005 steht ihr jedoch aus den in Betracht kommenden Vorschriften (Art. 64 Abs. 1 lit. a und 1 lit. b CISG, Art. 73 Abs. 2 CISG) schon deshalb nicht zu, weil ein auf den konkreten Vertrag bezogener Zahlungsverzug sich aus dem klägerischen Vortrag nicht ableiten lässt. Die Klägerin hat in der Kündigung von einem Zahlungsverzug in Höhe von 518.982,27 EUR gesprochen, ohne dass erkennbar ist, wie sich dieser Betrag auf den Dosen- und den PET-Vertrag verteilt. Von diesem Betrag hat die Beklagte 296.035,70 EUR Anfang April 2005 an die Klägerin überwiesen. Der verbliebene Betrag von

91

222.946,57 EUR ist zwar von der Klägerin durch die eingereichte Anlage K18 aufgeschlüsselt worden, nicht jedoch dergestalt, dass die in der Anlage K18 aufgezählten Rechnungen sich auf den Dosen- und den PET-Vertrag hätten aufteilen lassen können. Ob eine solche – teilweise – Zuordnung von Rechnungsposten aus der Anlage K18 anhand von im Laufe des Prozesses in anderen Zusammenhängen eingereichten Unterlagen möglich wäre, war vom Senat nicht im Einzelnen zu überprüfen. Vielmehr wäre es Sache der Klägerin gewesen, den Zahlungsverzug schriftsätzlich konkret getrennt zu den beiden Verträgen vorzutragen. Die Notwendigkeit eines solchen Vortrags ist Folge davon, dass – wie oben schon dargestellt – beide Verträge juristisch getrennt zu prüfen sind und deshalb auch die Pflichtverletzungen auf den jeweiligen Vertrag bezogen vorzutragen sind, so wie es ja auch bei der Frage der abgenommenen Biermengen geschehen ist. Ohne diesen Vortrag konnte der Senat nicht feststellen, ob und in welcher Höhe und seit wann ein Zahlungsverzug in Bezug auf den Dosen-Vertrag überhaupt bestand.

Darauf ist die Klägerin im letzten Verhandlungstermin ausdrücklich hingewiesen worden. Trotz Anwesenheit ihres Geschäftsführers hat sie dazu weder ergänzende Erklärungen abgegeben noch eine Erklärungsfrist erbeten.

92

Insbesondere blieb dem Senat dadurch die Möglichkeit zur Prüfung einer wesentlichen Vertragsverletzung gemäß Art. 64 Abs. 1 lit. a CISG verschlossen, die in Form eines unzumutbar langen Überschreitens eines Fälligkeitstermins mit einem erheblichen Betrag in Betracht kommen könnte.

93

Ein Aufhebungsrecht aus Art. 64 Abs. 1 lit. b CISG scheitert zudem an der erforderlichen Nachfristsetzung. Zwar hat die Klägerin mit Schreiben vom 20.1.2005 die Zahlung von Rechnungen angemahnt, nach Inhalt des Schreibens und dem klägerischen Vortrag dazu ging es um die Lieferungen aus Dezember 2004. Diese Rechnungen aber wurden erst am 31.1.2005 fällig. Eine Fristsetzung *vor* Fälligkeit ist jedoch – auch wenn das Fristende wie hier (2.3.2005) auf den Zeitpunkt nach Fälligkeit gesetzt wurde – keine «Nachfrist» im Sinne des Art. 63 CISG. Das Recht zur Nachfristsetzung entsteht vielmehr erst, wenn der Erfüllungstermin verstrichen ist (Staudinger/*Magnus*, Art. 63 CISG Rn. 10 m.w.N.).

94

Auch die von der Klägerin behauptete Vereinbarung einer Zahlungszusage für den Tag der Vereinbarung, von ihr mit E-Mail vom 4.3.2005 dargestellt, stellt keine Nachfristsetzung dar, da bereits keine Fristsetzung erkennbar ist, sondern vielmehr nach dem Inhalt der E-Mail ein bereits eingetretener Umstand wiedergegeben wird («...sind durch euch zur Zahlung angewiesen worden... »). Es ist zudem nicht vorgetragen worden, auf welche konkreten Forderungen sich der Inhalt bezogen haben soll.

95

c)

Die Klägerin stützt ihr Recht zur Vertragsaufhebung schließlich darauf, dass die Beklagte entgegen der Pflicht in § 3 der beiden Verträge die Jahresmengenplanung anhand eines Saisonschlüssels nicht mitgeteilt habe. Dieser Vortrag rechtfertigt weder eine Aufhebung nach Art. 73 Abs. 2 CISG, noch nach Art. 64 Abs. 1 lit. a CISG. Dass die gerügte Pflichtverletzung nicht die Voraussetzung des Art. 64 Abs. 1 lit. b CISG zu erfüllen vermag, ergibt sich bereits aus dem

96

oben dargestellten Abnahmebegriff; auf die Frage, inwiefern Nachfristen gesetzt wurden, kommt es deshalb hier nicht an.

Art. 73 Abs. 2 CISG scheidet aus, da bei einer unterstellten Pflichtverletzung der Abstimmung eines Saisonschlüssels die Vertragsaufhebung nicht innerhalb einer angemessenen Zeit erklärt wurde. Nach dem Vertrag bestand die Abstimmungspflicht jeweils «zu Beginn des Geschäftsjahres». Dies ist hier – auch nach dem Verständnis der Parteien – gleichbedeutend mit dem jeweiligen Kalenderjahr. Eine Abstimmung im Jahr 2004 hätte demnach Anfang 2004 erfolgen müssen. Eine Kündigung im März 2005 kann sich hierauf nicht mehr stützen. Aber auch hinsichtlich der Pflicht zur Abstimmung zu Beginn des Geschäftsjahres 2005 kam die Erklärung der Vertragsaufhebung Ende März 2005 nicht mehr innerhalb angemessener Zeit. Auch hier gilt – wie schon oben hinsichtlich der Jahresabnahmemenge –, dass ein Zuwarten von fast drei Monaten deutlich zu lang ist.

97

Auch Art. 64 Abs. 1 lit. a CISG gab der Klägerin nicht das Recht zur Aufhebung des Dosenvertrages. Es fehlt hierfür an einer wesentlichen Vertragsverletzung. Eine solche scheidet schon daran, dass in § 3 des Dosenvertrages keine einseitige Verpflichtung der Beklagten zur Mitteilung eines Saisonschlüssels niedergelegt wurde, sondern eine Abstimmung eines solchen Saisonschlüssels für die Jahresmengenplanung vereinbart wurde. «Abstimmung» bedeutet, dass beide Parteien an der Festlegung mitzuwirken haben. Es handelt sich dabei um einen wechselseitigen, zweiseitigen Prozess. Beide Parteien traf damit zunächst lediglich die Pflicht, an diesem Abstimmungsprozess mitzuwirken. Um diese zweiseitige Pflicht zu einer einseitigen, nur noch die Beklagte treffenden Pflicht umzuwandeln, hätte die Klägerin ihrerseits ihrer Verpflichtung genügen und die Beklagte – gegebenenfalls unter Fristsetzung – zur Mitwirkung auffordern müssen. Dass dies hinsichtlich des Geschäftsjahres 2004 geschehen wäre, lässt sich dem klägerischen Vortrag zum Dosenvertrag nicht entnehmen. Für das Geschäftsjahr 2005 hat die Klägerin zwar der Beklagten mit Schreiben vom 6.1.2005 einen Saisonschlüssel übermittelt, der sowohl für den PET- als auch den Dosenvertrag gelten sollte. Diesen hat die Beklagte jedoch mit Schreiben vom 18.1.2005 zurückgewiesen und erklärt, er werde den unterschiedlichen Vertragsgegenständen und dem saisonalen Verbrauch nicht gerecht. Die Beklagte hat darin vorgeschlagen, sich kurzfristig zu treffen, um die im Vertrag vorgesehene Abstimmung vorzunehmen.

98

Darlegungs- und beweisbelastet für das Vorliegen einer Pflichtverletzung ist die Klägerin. Wie die Klägerin auf das Schreiben vom 18.1.2005 reagiert hat, hat sie nicht vorgetragen. Insbesondere hat sie nicht vorgetragen, dass sie das Angebot zu einem Treffen angenommen bzw. sich um ein solches bemüht habe. Sie hat lediglich den Beklagtenvortrag bestritten, dass die Beklagte mehrfach Anfang 2005 versucht habe, ein solches Treffen einzuberufen. Dies reicht aber als konkreter Vortrag dazu, was denn die Klägerin selbst in der Folge zum Erreichen der Abstimmung getan hat, nicht aus. In dem vorgerichtlichen Schreiben der Klägerin vom 17.2.2005 ist zwar die Rede davon, dass die Beklagte «auf Anfragen und Vorschläge zum Saisonschlüssel» nicht eingegangen sei. Daraus ergibt sich aber nicht ausreichend, ob bzw. wie die Klägerin auf das Beklagten Schreiben vom 18.1.2005 reagiert hat. Das Schreiben vom 17.2.2005 selbst enthält auch keine neue Aufforderung zur Abstimmung, sondern stellt nur die bislang fehlende Abstimmung fest.

99

Dann aber stellt es sich so dar, dass der Abstimmungsprozess Anfang 2005 steckengeblieben ist, ohne dass er sich zu einer nur noch einseitigen Verpflichtung auf Beklagtenseite verdichtet hätte. Eine Pflichtverletzung der Beklagten, die zu einer Vertragsaufhebung berechtigen würde, liegt darin nicht. Wenn die Klägerin sich ihrerseits nicht weiter um den Abstimmungsprozess kümmert, sondern sich allem Anschein nach mit den 8-Wochen-Vorhersagen zufrieden gibt, kann sie der Beklagten nicht erfolgreich eine Verletzung der Pflicht zur Abstimmung vorwerfen.

100

Selbst wenn man eine nicht hinreichende Mitwirkung der Beklagten an der Abstimmung zum Saisonschlüssel annehmen wollte, stellt dies jedenfalls keine wesentliche Vertragsverletzung im Sinne des Art. 25 CISG dar. Denn zu berücksichtigen ist insbesondere, dass die Parteien die ganze Zeit über ihr Geschäft mit den 8-Wochen-Vorhersagen abgewickelt haben und die Klägerin im Jahr 2004 trotz Nichtvorliegens eines Saisonschlüssels in erheblichem Umfang für Drittabnehmer produziert hat: Laut Feststellungen des Sachverständigen entfielen im Jahr 2004 von 522.957 hl produziertem Bier in Dosen rund 40% auf Drittabnehmer. Vor diesem Hintergrund ist die Behauptung der Klägerin ohne näheren Vortrag nicht ausreichend, sie hätte des Saisonschlüssels bedurft, um die freien Kapazitäten bestimmen und an Dritte vergeben zu können. Dass ihr das Fehlen des Saisonschlüssels einen erheblichen Nachteil beschert hat, lässt sich diesen Zahlen nicht entnehmen. In welcher Höhe der Klägerin aufgrund der behaupteten Pflichtverletzung Gewinne entgangen sind bzw. inwieweit eine Gewinnmaximierung durch bessere Auslastung der Anlage 2004 (und dann auch 2005) möglich gewesen wäre, ist nicht vorgetragen.

101

2.

Auch der Hilfsantrag ist hinsichtlich des Dosen-Vertrags nicht begründet, da auch die Erklärung der Vertragsaufhebung vom 28.11.2005 keine rechtliche Wirkung entfaltete. Diese Erklärung stützt sich auf die trotz Fristsetzung nicht erfolgte Zahlung der streitgegenständlichen Kaufpreisforderung. Eine wirksame Vertragsaufhebung insbesondere nach Art. 64 Abs. 1 lit. b CISG konnte jedoch bereits deshalb nicht festgestellt werden, weil die Klägerin es – wie oben bereits dargestellt – versäumt hat, den Zahlungsverzug jeweils getrennt zu den beiden rechtlich voneinander unabhängigen Verträge substantiiert darzustellen. Ohne diese Aufteilung lässt sich ein ausreichender Vertragsverstoß bezüglich des Dosen-Vertrags auch für den 28.11.2005 nicht feststellen. Die obigen Ausführungen gelten hier entsprechend.

102

III.

Der Feststellungsantrag hinsichtlich des PET-Vertrags ist als Hauptantrag begründet. Die Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin jedweden Schaden zu ersetzen, der ihr durch die Aufhebung des PET-Vertrages vom 1.12.2003 auf Grund der Kündigung vom 31.3.2003 seit dem 1. Mai 2005 entstanden ist, Art. 74 CISG. Die Klägerin hat mit ihrer Erklärung vom 31.3.2005 den PET-Vertrag aufgrund einer wesentlichen Vertragsverletzung der Beklagten wirksam aufgehoben. Dieses Recht zur Vertragsaufhebung resultiert jedenfalls aus Art. 64 Abs. 1 lit. a CISG. Dass das Aufhebungsrecht sich daneben mangels Vorliegens der jeweiligen Voraussetzungen nicht aus den Art. 64 Abs. 1 lit. b, 72 Abs. 1 und 73 Abs. 2 CISG ergibt, braucht mangels Entscheidungserheblichkeit nicht weiter vertieft zu werden.

103

104

Die Beklagte hat dadurch, dass sie bis zum 31.3.2005 pro Monat nicht soviel Bier in PET-Flaschen bestellt und abgenommen hat, dass die Klägerin die sich jeweils daraus ergebende Jahresrestmenge in der verbleibenden Zeit noch hätte produzieren können, eine wesentliche Vertragspflicht verletzt, die zur Vertragsaufhebung berechtigte. Konkret hat die Beklagte zum 31.3.2005 insgesamt 273.563 hl Bier in PET-Flaschen zu wenig abgenommen.

1.

a) *Monatliche Verpflichtung der Beklagten, die Einhaltung des Jahresmengen volumens zu ermöglichen*

Grundsätzlich hätte die Beklagte so viel pro Monat abnehmen müssen, wie der Saisonschlüssel es vorgesehen hätte. Dieser hätte die vertraglichen Pflichten der Parteien für die einzelnen Monate näher konkretisiert, nämlich einmal die Verpflichtung der Beklagten, pro Monat eine bestimmte Menge zu bestellen, zum anderen die Verpflichtung der Klägerin, diese Menge dann auch zu produzieren. Da es aber auch hinsichtlich des PET-Vertrages nicht zur Abstimmung eines Saisonschlüssels gekommen war, traf die Beklagte jedenfalls die Pflicht, pro Monat so viel zu bestellen und abzunehmen, dass die Klägerin die sich jeweils daraus ergebende Jahresrestmenge in der verbleibenden Zeit noch würde produzieren können. Dies ergibt sich als vertragliche Nebenpflicht aus § 3 des PET-Vertrages. Danach hatte die Beklagte sich zur Abnahme einer bestimmten Jahresmenge verpflichtet, die an sich so über das Jahr hätte verteilt werden sollen, dass es den Interessen beider Parteien gerecht wird: dem Interesse der Beklagten an einer saisonalen Produktion und dem Interesse der Klägerin, die erforderliche Menge überhaupt produzieren und freibleibende Produktionsmargen an Dritte vergeben zu können. Auch ohne einen abgestimmten Saisonschlüssel waren diese Interessen von der jeweils anderen Partei zu beachten. Die Beklagte hätte demnach von sich aus die vereinbarte Jahresmenge so abrufen müssen, dass es nicht nur ihren saisonalen Bedürfnissen entsprach, sondern eine Produktion der jeweiligen Mengen der Klägerin überhaupt noch möglich und die Einhaltung der Jahresmenge in der verbleibenden Zeit noch gewährleistet wäre. Die Beklagte traf deshalb aus § 3 des Vertrages und der darin vereinbarten kontinuierlichen Abnahme die Pflicht, das Ziel der Abnahme von 600.000 hl Bier das ganze Jahr über im Blick zu haben und bei der Verteilung ihrer Bestellungen zu berücksichtigen. Die Beklagte hätte also beispielsweise gegen diese Verpflichtung verstoßen, wenn sie in den ersten zehn Monaten des Jahreszeitraumes nur einen kleinen Bruchteil der Jahresmenge abgenommen und dann die gesamte restliche Jahresmenge in den beiden letzten Monaten abgerufen hätte, obwohl dann klar gewesen wäre, dass die Klägerin diese Restmenge gar nicht würde produzieren können. Umgekehrt war es nicht etwa die Pflicht der Klägerin, die Bestellungen der Beklagten daraufhin zu kontrollieren, ob sie womöglich zu einem Unterschreiten der Jahresmenge führen würden, um dann über die Bestellungen hinaus so viel Bier «auf Vorrat» zu produzieren, dass für den Fall zukünftiger höherer Bestellungen die Beklagte in der restlichen Zeit noch die Jahresrestmenge abrufen würde. Denn eine solche Produktion auf Vorrat ist bei Bier wegen der unstreitig kurzen Haltbarkeit und der Anforderungen der Discounter an die Resthaltbarkeit bei Lieferung nicht möglich. Zudem hätte dies einen erheblichen Lageraufwand für die Klägerin bedeutet, ohne dass sie sicher hätte wissen können, ob die Beklagte das Bier zur Erfüllung der Jahresabnahmeverpflichtung tatsächlich noch abrufen würde.

105

Die Pflicht zur Abnahme des Jahresmengen volumens entstand damit für die Beklagte nicht erst am letzten Tag des 12-Monats-Zeitraums, sondern bereits jeden Monat innerhalb dieses Zeitraums mit Blick auf den verbleibenden Zeitraum.

106

b)

Um den Umfang dieser Verpflichtung für den 31.3.2005 bestimmen zu können, ist zunächst der in § 3 des PET-Vertrages vereinbarte 12-Monats-Zeitraum für die Abnahme des Jahresmengen volumens zu bestimmen. Dieser Zeitraum für die Abnahme der 600.000 hl Bier in PET-Flaschen lief vom 7.6.2004 bis zum 6.6.2005, da der 12-Monats-Zeitraum sich auf den Vertragsbeginn und nicht das Geschäftsjahr bezieht (dazu aa) und Beginn des PET-Vertrages der 7.6.2004 war (dazu bb).

107

aa)

Der in § 3 des PET-Vertrages genannte 12-Monats-Zeitraum bezieht sich auf den Zeitraum ab Vertragsbeginn. Dies ergibt eine Auslegung des Vertrages gemäß Art. 8 CISG. Entscheidend für die Auslegung ist gemäß Art. 8 Abs. 1 CISG zunächst der wirkliche Wille der Parteien, und erst wenn dieser nicht feststellbar ist, ist gemäß Art. 8 Abs. 2 CISG auf den objektiven Erklärungsinhalt abzustellen. Hier spricht bereits der wirkliche Wille der Parteien für das hier vertretene Verständnis der Vertragsklausel. Denn zwar hat die Klägerin in einem vorprozessualen Schreiben vom 17.9.2004 noch von einer abzunehmenden Menge «in diesem Kalenderjahr» gesprochen. In der Folge sind die Parteien vorprozessual jedoch übereinstimmend davon ausgegangen, dass der 12-Monatszeitraum erst mit Fertigstellung der PET-Anlage und damit ab Vertragsbeginn zu laufen begann. Dies ergibt sich aus den klägerischen Schreiben vom 27.10.2004 und vom 31.3.2005 sowie aus einem Beklagten schreiben vom 14.4.2005. Auch im Prozess sind zunächst beide Seiten von einem solchen Vertragsverständnis ausgegangen. Erst als das vom Gericht eingeholte Sachverständigengutachten vorlag, hat die Beklagte unter Verweis auf das zitierte klägerische Schreiben vom 17.9.2004 eine kalenderjährliche Mengenberechnung geltend gemacht. Dies vermag angesichts des oben dargestellten Verhaltens der Parteien zuvor nicht zu überzeugen.

108

Doch selbst wenn man aus diesem nachvertraglichen Verhalten noch nicht auf einen entsprechenden wirklichen Willen der Parteien schließen wollte, ergibt sich das gleiche Ergebnis aus dem objektiven Erklärungsinhalt des § 3 des PET-Vertrages. Bereits der Umstand, dass im § 3 Satz 1 nicht von Kalender- oder Geschäftsjahr die Rede ist, wie es in Satz 2 der Fall ist, spricht dafür, dass mit dem 12-Monatszeitraum ein davon möglicherweise abweichender, variabel beginnender Zeitraum gemeint ist. Es wird damit zum Ausdruck gebracht, dass beispielsweise bei Beginn des Vertrages bzw. der Produktion mitten im Jahr nicht etwa eine Abnahme der vereinbarten Menge bis zum Ende des Jahres geschuldet ist, sondern vielmehr innerhalb von 12 Monaten ab Beginn der Laufzeit. Für diese Auslegung spricht auch, dass eine künstliche Aufspaltung der Jahresmenge auf ein Rumpfkalendarjahr den saisonalen Bierbedarf ignorieren und die Beklagte deshalb unbillig hätte belasten können. Dass die Parteien dies nicht deutlicher in § 3 zum Ausdruck gebracht haben, dürfte daran liegen, dass an sich als Vertragsbeginn der 1.1.2004 vorgesehen war (so wie beim Dosen-Vertrag), so dass der 12-Monats-Zeitraum sich mit dem Kalenderjahr gedeckt hätte. Erst durch das Auseinanderfallen von Vertragsbeginn und Jahresbeginn ist das vorliegende Auslegungsproblem entstanden.

109

bb)

110

Der für den Beginn des 12-Monats-Zeitraum damit entscheidende Vertragsbeginn des PET-Vertrages war der 7.6.2004. Zwar sah die Vertragsurkunde in § 11 als Vertragsbeginn den 1.1.2004 vor. Die Parteien haben dies jedoch unstreitig einverständlich dahingehend abgeändert, dass die Laufzeit des PET-Vertrages 36 Monate ab Fertigstellung der PET-Anlage betragen sollte, womit also gleichzeitig als Vertragsbeginn eben diese Fertigstellung bestimmt wurde. Fertigstellungstermin der PET-Anlage war der 7.6.2004. Dies ergibt sich aus dem von der Klägerin vorgelegten Abnahmeprotokoll der die Anlage errichtenden Firma. Dies weist aus, dass die Produktion an diesem Tag begann. Ein früheres Datum kann man entgegen der Ansicht der Klägerin angesichts dieses Dokuments und des eigenen klägerischen Vortrags nicht annehmen.

Soweit die Beklagte behauptet, die PET-Abfüllanlage sei erst später völlig betriebsbereit gewesen, ist dies kein den Fertigstellungstermin ausreichendes Bestreiten. Die Beklagte hätte hierzu vielmehr näher vortragen müssen, dass es ihr nicht bereits ab dem 7.6.2004 möglich gewesen wäre, die von ihr gewünschten Mengen in vollem Umfang bei der Klägerin bestellen zu können bzw. woraus konkret die noch fehlende Fertigstellung abzuleiten sei. Dass mit «Fertigstellung» ein Betrieb unter Vollast von den Parteien gemeint gewesen sei, ist nicht ersichtlich. Vielmehr ist unter Fertigstellung die gewöhnliche Betriebsaufnahme der Anlage zu verstehen, so wie sie am 7.6.2004 erfolgt ist. Dann aber kann die Beklagte nicht einwenden, dass zwischen Fertigstellung und Vollastbetrieb einer Anlage regelmäßig acht bis zehn Wochen vergehen. Für eine Fertigstellung im Juni 2004 spricht im Übrigen auch der Umstand, dass die Beklagte bereits ab diesem Zeitpunkt erhebliche Mengen Bier von der Klägerin bezog.

111

2.

a)

112

Die obigen Ausführungen auf den Kündigungszeitpunkt, den 31.3.2005 bezogen bedeuten, dass die Beklagte bis dahin jedenfalls so viel hätte bestellen müssen, dass die Klägerin im verbleibenden Zeitraum vom 1.4. bis 6.6.2005 die Restmenge an Bier in PET-Flaschen noch hätte produzieren können. Ausgehend von der maximalen Abfüllleistung von 2.565 hl/Arbeitstag, die der Sachverständige im Gutachten vom 7.7.2006 bzw. im Verhandlungstermin vor dem Landgericht nachvollziehbar ermittelt und erläutert hat, hätte die Klägerin in dem genannten Zeitraum (= 67 Tage) eine Maximalmenge von 171.855 hl produzieren können. Die Beklagte hätte also bis zum 31.3.2005 428.145 hl (= Jahresmenge 600.000 hl minus 171.855 hl) bestellt haben müssen. Bei der zwischen den Parteien nach Vertragsschluss im Mai 2004 vereinbarten Mengenaufteilung zwischen Pils und Weizen von 5:1 (500.000 hl Pils und 100.000 hl Weizen) hätte die Beklagte demnach 356.787,50 hl Pils und 71.357,50 hl Weizen abrufen müssen.

b)

113

Demgegenüber hat die Beklagte von Juni 2004 bis einschließlich März 2005 an Pils 106.293 hl und an Weizen 48.289 hl abgenommen. Diese Mengen hat die Klägerin schlüssig vorgetragen. Sie sind von der Beklagten nicht ausreichend bestritten worden. Da es um gelieferte Mengen für einen konkreten Zeitraum geht, hätte die Beklagte, um diese Mengen zu bestreiten, eine konkrete Gegenrechnung für den Zeitraum aufmachen müssen, da die ausgelieferten Mengen ihrer Wahrnehmung unterlagen. Dies hat sie nicht getan. Sie hat lediglich für Teilabschnitte auf ihre «8-Wochen-Vorhersagen» verwiesen und geltend gemacht, sie habe mehr bestellt,

30

als tatsächlich geliefert worden sei, nämlich 244.944 hl. Dies genügt nicht als Darlegung, man sei der Verpflichtung zur Abnahme des Jahresmengenvolumens in größerem Umfang, als von der Klägerin dargetan, nachgekommen. Denn die Klägerin hat schlüssig dargelegt, dass die 8-Wochen-Vorhersagen bereits keine verbindlichen, die Ware abrufenden Bestellungen waren, sondern dass vielmehr die konkrete Bestellung bzw. der Warenabruf erst später erfolgte und teilweise erheblich von den 8-Wochen-Vorhersagen abgewichen sei. Die Beklagte hätte vielmehr konkret vortragen müssen, wann die Klägerin in welchem Umfang einen konkreten Warenabruf der Beklagten nicht erfüllt hat. Dies hat sie nicht getan.

c)

114

Zum Kündigungszeitpunkt ergeben sich damit folgende Differenzen:

Pils:

356.787,50 hl	abzurufende Menge
- 106.293,00 hl	abgenommene Menge
= 250.494,50 hl	<i>Mindermenge</i>

Weizen:

71.357,50 hl	abzurufende Menge
- 48.289,00 hl	abgenommene Menge
= 23.068,50 hl	<i>Mindermenge</i>

d)

115

Diese Mengendifferenzen waren weder aufgrund eines avisierten Geschäfts über den Bezug von 120.000 hl Biermischgetränken noch aufgrund eines Produktionsstillstandes von der 6. bis zur 8. KW zu korrigieren.

Zwar hat die Klägerin in der 6. bis 8. KW unstreitig kein Bier in PET-Flaschen für die Beklagte produziert. Entgegen der Darstellung der Beklagten hat die Klägerin dies jedoch nicht grundlos getan und Lieferungen verweigert. Vielmehr fand in dieser Zeit eine Generalüberholung der PET-Anlage statt, die die Klägerin der Beklagten auch ausweislich des vorgelegten Schriftverkehrs angekündigt hat, woraufhin die Beklagte zur Abdeckung des Ausfallzeitraums – wie von der Klägerin angeboten – in den Wochen zuvor eine höhere Bestellung aufgab und damit den Zeitraum zu überbrücken gedachte. Diesen substantiierten Klägervortrag hat die Beklagte nicht bestritten. Dass die Beklagte in diesen drei Wochen mehr Bier hätte abnehmen wollen, lässt sich dem vorgelegten Schriftverkehr nicht entnehmen und ist auch von der Beklagten nicht näher dargelegt worden.

116

Die Mindermenge war auch nicht um 120.000 hl zugunsten der Beklagten zu korrigieren. Die Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe das Geschäft hinsichtlich des Bezugs von Biermischgetränken «vorsätzlich boykottiert», greift nicht durch. Unstreitig hatte die Klägerin eine solche Produktion «im Rahmen unseres gemeinsamen Vertrages» (also des PET-Vertrages) am 24.9.2004 zu einem Preis von 21,50 EUR angeboten. Dass die Beklagte dieses Angebot ange-

117

nommen hat, trägt die Beklagte nicht hinreichend vor. Die bloße Behauptung einer entsprechenden Vereinbarung ist angesichts der Tatsache, dass die Klägerin eine Annahme durch die Beklagte bestritten hat, und mangels Angabe von Zeit, Ort, handelnder Personen und Form und Inhalt der Erklärungen unsubstantiiert. Ein Annahmeschreiben hat die Beklagte nicht vorgelegt. Dass die Beklagte dann das abändernde, einen höheren Preis enthaltende Angebot vom 19.11.2004 angenommen habe, trägt sie selbst nicht vor. Die Klägerin war auch nicht gehindert, zwei Monate nach dem ersten (nicht angenommenen) Angebot ein Angebot mit einem höheren Preis abzugeben, den sie auch begründet hat. Eine Treuwidrigkeit oder ein vorsätzlicher Boykott, wie die Beklagte meint, lässt sich darin nicht erblicken.

Damit aber fehlt es an einer vertraglichen Vereinbarung für dieses Zusatzgeschäft, so dass die dort genannte Bierbezugsmenge von 120.000 hl nicht von der Beklagten im Rahmen des PET-Vertrages eingewandt werden kann.

118

e)

Eine Kürzung der Mengendifferenz hat auch nicht im Hinblick auf Lieferungen der Klägerin an die Firmen N[...] und P[...] zu erfolgen. Die Beklagte behauptet zwar, dass sie der Klägerin die entsprechenden Direktlieferverträge vermittelt habe. Inwiefern dies rechtlich überhaupt zu einer Anrechnung auf Mengen aus dem PET-Vertrag führen könnte, kann hier dahingestellt bleiben. Denn es fehlt bereits an einem ausreichend substantiierten Vortrag der Beklagten dazu, dass diese Verträge erst bzw. nur durch die Vermittlung der Beklagten zustande gekommen seien. Wie diese Vermittlung wann durch wen und wo vorgenommen wurde, hat die Beklagte nicht geschildert. Die Vorlage von Angebotsschreiben der Klägerin aus Februar 2004 und der Verweis darauf, dass die Beklagte diese Angebote in Kopie erhalten habe, reicht als Darlegung für eine auf den PET-Vertrag durchschlagende Vermittlungstätigkeit der Beklagten nicht aus. Dass eine Anrechnung dieser Drittverträge auf den PET-Vertrag der Parteien vereinbart worden sei, hat die Beklagte lediglich in einem Klammerzusatz an einer Stelle behauptet; dies reicht gleichfalls nicht aus.

119

3.

Die Minderabnahme von insgesamt 273.563 hl zum 31.3.2005 stellt eine wesentliche Vertragsverletzung im Sinne der Art. 64 Abs. 1 lit. a, 25 CISG dar. Diese Ausfallmenge macht 15,2% des gesamten 3-Jahresmengenvolumens von 1,8 Millionen Hektoliter aus. Ein solch erheblicher Ausfall stellt auch unter Berücksichtigung aller Besonderheiten im vorliegenden Fall den Wegfall eines erheblichen Vertragsvorteils auf Klägerseite dar. Die Beklagte war als Hauptabnehmer der PET-Produktion vorgesehen. Dass der Einbruch der Abnahme durch diesen Hauptabnehmer um gut 15% die Wirtschaftlichkeit der PET-Anlage und damit auch der Klägerin bedrohte, liegt auf der Hand.

120

Dies vermag auch nicht der Verweis der Beklagten auf die ursprünglich geplante Partnerschaft zu entkräften. Dass die Parteien eine solche Partnerschaft anfänglich erwogen haben, ist unstrittig und lässt sich auch deutlich den eingereichten zahlreichen Unterlagen entnehmen. Dass sie bereits verbindlich (mündlich) vereinbart wurde, steht hingegen nicht fest. Doch selbst wenn es zu einer verbindlich vereinbarten Partnerschaft und in der Folge zu deren Aufkündigung gekommen wäre, verändert dies nicht die Bewertung der vorliegenden Vertrags-

121

verletzung. Denn sowohl der PET- als auch der Dosenvertrag waren rechtsverbindlich abgeschlossen und von den Parteien einzuhalten, egal ob die Beklagte nun Gesellschafterin der Klägerin wurde oder nicht. Ob das Eingehen der Partnerschaft Geschäftsgrundlage der beiden Verträge war, kann gleichfalls dahingestellt bleiben, da selbst bei Annahme ihres Wegfalls die wesentliche Vertragsverletzung bestehen bliebe. Die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage aus dem deutschen Recht sind im UN-Kaufrecht so nicht anwendbar (Staudinger/*Magnus*, a.a.O., Art. 71 CISG Rn. 42). Allerdings gilt über Art. 7 Abs. 1 CISG auch im UN-Kaufrecht das Gebot von Treu und Glauben (Staudinger/*Magnus*, a.a.O., Art. 7 CISG Rn. 43), teilweise wird auch daraus das Recht auf Vertragsanpassung abgeleitet (Staudinger/*Magnus*, a.a.O., Art. 79 CISG Rn. 24). Dies hilft hier jedoch nicht weiter. Denn es fehlt jeglicher Vortrag der Beklagten dazu, wieso bzw. in welcher Form das Scheitern der geplanten Partnerschaft auf die vereinbarten Jahresmengen volumen hätte durchschlagen sollen. Es ist davon auszugehen, dass die Beklagte das Mengenvolumen danach ausgerichtet hat, welche Mengen sie für die Belieferung ihrer Kunden (neben der Eigenproduktion) benötigen würde. Dieser Maßstab ändert sich aber nicht durch das Scheitern der Partnerschaft. Dies zeigt auch indirekt das vorprozessuale Vergleichsangebot der Beklagten vom 7.1.2005, in der sie u.a. vorschlug, auf eine Beteiligung zu verzichten und einen neuen, nunmehr auf fünf Jahre laufenden Vertrag «mit denselben Jahresmengen volumen wie bisher» abzuschließen.

Allenfalls denkbar wäre ein Einfluss im Bereich der vereinbarten Vergütung. Dass dieser Preis aber aufgrund der geplanten Partnerschaft zu hoch gewesen sei und über dem marktüblichen Preis gelegen hätte, hat die Beklagte nicht ausreichend behauptet. Von diesem Punkt bliebe im Übrigen auch die Pflichtverletzung hinsichtlich der abzunehmenden Mengen unberührt.

122

Dass die Beklagte den PET-Vertrag unstreitig auch deshalb in der vorliegenden Form einging, um der Klägerin durch Vorlage dieses Vertrages bei der Bank die Finanzierung der PET-Anlage zu ermöglichen, hindert auch nicht das Aufhebungsrecht der Klägerin. Zum einen hatte nicht nur die Klägerin einen Vorteil aus der Errichtung der PET-Anlage, sondern diente diese auch den besonderen Interessen der Beklagten und wurde auf deren Wünsche ausgerichtet. Zum anderen kann die Beklagte sich nicht darauf zurückziehen, sie habe der Klägerin dadurch eine Gefälligkeit erwiesen, so dass die Klägerin sich nun nicht ohne weiteres vom Vertrag lossagen könne. Denn selbst wenn die Beklagte der Klägerin in dieser Form geholfen haben sollte, rechtfertigt dies nicht das vertragswidrige Verhalten der Beklagten. Die Klägerin muss ein solch erheblich vertragswidriges Verhalten der Beklagten nicht hinnehmen.

123

Auch soweit die Beklagte darauf verwiesen hat, dass ihr aufgrund der Fertigstellung der PET-Anlage im Sommer 2004 das Geschäft für die Hauptsaison mit ihrem Hauptkunden (A[...]) entgangen sei, führt dies zu keiner anderen Bewertung. Dass das Risiko des Wegbrechens eines Kunden der Beklagten auch von der Klägerin hätte getragen werden sollen, ist nicht ersichtlich. Auch ist nicht zu erkennen, ob die Beklagte den PET-Vertrag wirklich in der Annahme abgeschlossen hat, bereits ab März 2004 (nach ihren Angaben der Beginn der Hauptsaison) A[...] beliefern zu können, oder ob sie nicht bei Vertragsschluss das Risiko hätte erkennen können und müssen, den Kunden nicht mehr rechtzeitig zur Hauptsaison beliefern zu können. Wenn die Beklagte sich zu einer Jahresabnahme von 600.000 hl verpflichtet, obwohl sie weiß, dass die Anlage erst noch finanziert und errichtet werden muss, kann sie später nicht einwen-

124

den, die Jahresmenge wegen gescheiterte Vertragsabschlüsse zu März 2004 nicht habe einhalten zu können. Im Übrigen hat die Beklagte im Mai 2004 – also nach dem behaupteten Scheitern des Hauptsaisongeschäfts mit A[...] – mit der Klägerin eine Änderung der Abnahmemengen durch Aufteilung auf Pils und Weizen vereinbart, nicht jedoch eine Reduzierung dieser Mengen. Wenn aber die Nichteinhaltung der Jahresmenge nach Meinung der Beklagten vor allem auf das gescheiterte Geschäft für die Hauptsaison 2004 zurückzuführen wäre, hätte es sich aufgedrängt, dass die Beklagte im Mai 2004 versucht hätte, mit der Klägerin eine Reduzierung der Jahresmenge zu vereinbaren. Dass es zu solchen Vereinbarungen gekommen ist, ist nicht ersichtlich. Die Beklagte hat lediglich pauschal und damit unsubstantiiert behauptet, es sei (zu einem nicht näher bestimmten Zeitpunkt) vereinbart worden, die Jahresmenge erst für das 2005 einzuhalten.

Überhaupt kann der Umstand, dass die Pflichtverletzung sich im ersten Betriebsjahr der PET-Anlage zutrug, nicht zugunsten der Beklagten zu Buche schlagen. Denn die damit einhergehende eventuelle Unwägbarkeit (Störungen im Produktionsablauf, technische Probleme in der Anfangszeit) hätte unmittelbar zunächst die Klägerin und deren Produktionsverpflichtung getroffen. Vor diesem Hintergrund lag das größere Risiko in diesem Zusammenhang eher auf Seiten der Klägerin, die eine solch hohe Produktionsmenge zugesagt hatte und sich schadensersatzpflichtig gemacht hätte, wenn es zu Produktionsausfällen und zu geringeren Lieferungen gekommen wäre.

125

4.

Zur Wirksamkeit der Vertragsaufhebung war eine vorherige Fristsetzung gemäß Art. 64 Abs. 1 lit. a CISG nicht erforderlich. Ein solches Erfordernis ergibt sich auch nicht über Art. 7 Abs. 1 CISG aus Treu und Glauben wegen der anfänglichen engen Bindung der Parteien und der ursprünglich geplanten Partnerschaft. Die Beklagte kann nicht verlangen, so behandelt zu werden, als würde die Partnerschaft bestehen. Verhandlungspartner für die Partnerschaftsvereinbarung war zudem nicht die Klägerin, sondern die T[...], der die Klägerin gehört. Schließlich kann die Beklagte aus der angestrebten und gescheiterten Partnerschaft keine Rechtfertigung für ihr erhebliches vertragswidriges Verhalten ableiten; darauf wurde bereits oben eingegangen.

126

Die Bedeutung der Einhaltung der Jahresmengen für die Klägerin hatte diese der Beklagten im Übrigen bereits mit Schreiben vom 27.10.2004 deutlich vor Augen geführt. Es musste der Beklagten deshalb hinreichend klar sein, dass bei erheblicher Nichteinhaltung der Abnahmeverpflichtungen die Klägerin rechtliche Konsequenzen bis hin zur Vertragsaufhebung würde ziehen können. Schließlich ist auch nicht ersichtlich oder vorgetragen, dass die Beklagte ihr vertragswidriges Verhalten im Falle einer Fristsetzung überhaupt geändert und alles daran gesetzt hätte, die Jahresmenge abzunehmen, um so eine Vertragsaufhebung zu verhindern.

127

C.

Der Klägerin steht die Kaufpreisforderung in der noch geltend gemachten und tenorierten Höhe für die streitgegenständlichen Bierlieferungen zu. Die Berufung hat insoweit keinen Erfolg. Entgegen der Ansicht des Landgerichts steht der Beklagten auch keine aufrechenbare Gegenforderung zu.

128

I.

129

Die Klägerin hat ursprünglich eine Kaufpreisforderung für produziertes und an die Beklagte geliefertes Bier in Höhe von 1.205.832,34 EUR eingeklagt. Dieser Klageantrag ist als Saldoklage unzulässig gewesen, da der Streitgegenstand nicht hinreichend bestimmt gewesen ist. Die Zusammensetzung der Klage hat die Klägerin zwar mithilfe einer umfangreichen Anlage konkretisiert, in der die einzelnen Rechnungen aufgezählt werden. Diese Auflistung hat jedoch nicht nur Rechnungsforderungen, sondern zudem in Nr. 28 eine Gutschrift in Höhe von 7.066,45 EUR zur Verrechnung enthalten, ohne dass die Klägerin erklärt hat, auf welche ihrer einzelnen Forderungen sie diese Gutschrift verrechnen will. Eine solche Erklärung wäre jedoch erforderlich gewesen, um bestimmen zu können, in welcher Höhe die jeweiligen Rechnungen überhaupt Streitgegenstand sein sollen. Dass die Parteien ein Kontokorrent gemäß § 355 HGB – sei es auch nur konkludent – vereinbart hätten, ist weder ersichtlich noch vorgetragen.

Darüber hinaus hat die Klägerin mit Pos. 26 eine Forderung in Höhe von 43.343,30 EUR in die Anlage K18 eingestellt, die sich ausweislich des dazu eingereichten Anlagenkonvoluts K28 aus einer Vielzahl von Einzelrechnungen über insgesamt 1.000.444,36 EUR, darauf erfolgter Zahlungen sowie einer Gutschrift zusammensetzt. Damit aber hat die Klägerin mit der Pos. 26 gleichfalls unzulässig einen Saldo eingeklagt.

130

Auf diese Zulässigkeitsbedenken ist die Klägerin im letzten Verhandlungstermin vor dem Senat hingewiesen worden. Sie hat diesen Bedenken ausreichend dadurch Rechnung getragen, indem sie die bemängelten Positionen aus ihrer Klageforderung mit Zustimmung der Beklagten herausgenommen hat. Dadurch hat sich ihre Klageforderung auf 1.169.555,49 EUR reduziert (1.205.832,34 EUR + 7.066,45 EUR - 43.343,30 EUR).

131

II.

1.

132

Der Klägerin steht der Kaufpreis in dieser noch geltend gemachten Höhe aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen zu. Dass die Klägerin der Beklagten Bier in dem in Rechnung gestellten Umfang geliefert und den vereinbarten Kaufpreis dafür verdient hat, hat die Beklagte im Wesentlichen nicht bestritten. Sie hat – mit Ausnahme einiger weniger Positionen – lediglich Gegenansprüche geltend gemacht. Auch soweit die Beklagte Positionen bestritten hat, ist dies – entgegen der Ansicht des Landgerichts – nicht erheblich. Bestritten hat die Beklagte nach Vorlage der Anlage K18 mit der Klageschrift die Positionen 25–28 und Pos. 145. Die Positionen 26 und 28 macht die Klägerin nicht mehr geltend. Bei den Positionen 25 und 27 handelt es sich um ausgerechnete Verzugszinsen, wie die Klägerin durch Vorlage der entsprechenden Unterlagen belegt und substantiiert dargelegt hat. Auch die Position 145 hat die Klägerin, nachdem die Beklagte diese pauschal bestritten hat, näher mithilfe von Unterlagen (Lieferschein) konkretisiert. Es wäre nunmehr Sache der Beklagte gewesen, ihr Bestreiten weiter zu substantiieren, also vorzutragen, was konkret an dem klägerischen Vortrag unzutreffend sein und bestritten werden soll. Dies hat die Beklagte nicht getan.

2.

133

Gegen diese Kaufpreisforderung konnte die Beklagte nicht wirksam die Aufrechnung erklären, ohne dass es an dieser Stelle darauf ankäme, ob ihr aufrechenbare Ansprüche überhaupt zu-

stunden. Denn unstreitig ist eine Aufrechnung mit bestrittenen oder nicht gerichtlich festgestellten Gegenforderungen nach den jeder Rechnung beigelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin ausgeschlossen. Darauf hatte die Klägerin bereits vorgerichtlich mit Schreiben vom 20.1.2005 hingewiesen. Diesen Hinweis hat der Senat in der letzten mündlichen Verhandlung aufgegriffen, ohne dass der klägerische Vortrag von der Beklagten daraufhin bestritten worden wäre.

Doch selbst wenn man von einer Zulässigkeit der Aufrechnung ausginge, führte dies zu keinem anderen Ergebnis, da der Beklagten ohnehin keine Gegenansprüche zustehen; dies wird weiter unten (Abschnitt D.I.4.) noch auszuführen sein.

134

D.

135

Die Klägerin hat in erster Instanz wegen Minderabnahmen im Rahmen des Dosen-Vertrages für den Zeitraum 2004 bis einschließlich März 2005 sowie wegen der Vertragsaufhebung vom 31.3.2005 für den Monat April 2005 einen Schaden von insgesamt 630.360,44 EUR geltend gemacht. Das Landgericht hat den Schadensersatz für 2004 in Höhe von 330.668,90 EUR zugesprochen und in Höhe der Mehrforderung für 2004 von 18.860,81 EUR die Klage abgewiesen; hinsichtlich der Ansprüche für 2005 hat es ein Grundurteil erlassen.

Der Klägerin steht auch nach Meinung des Senats der Anspruch für 2004 in Höhe von 330.668,90 EUR zu, so dass die Berufung insoweit erfolglos bleibt.

Mangels wirksamer Aufhebung des Dosen-Vertrages sind Ansprüche für das Jahr 2005 nicht gegeben, die Klage war insoweit abzuweisen.

I.

136

Der Klägerin steht der Zahlungsanspruch für 2004 in der genannten Höhe zu, da die Beklagte statt der vereinbarten Jahresmenge von 400.000 hl Bier in Dosen lediglich 308.978 hl abgenommen hat und ihr daraus resultierend als Schadensersatz der ausgeurteilte Betrag zusteht.

1.

137

Die Klägerin hatte zwar erstinstanzlich vorgetragen, die Beklagte habe sogar nur 308.118 hl Bier in Dosen abgenommen. Demgegenüber haben die Beklagten behauptet, es seien 2004 insgesamt 314.352,29 hl Bier in Dosen abgenommen worden. Gutachterlich bestätigt wurde jedoch die Abnahmemenge von 308.978 hl; diesen Wert haben die Sachverständigen ausweislich des Gutachtens auch plausibilisiert. Da weder die Klägerin noch die Beklagte in zweiter Instanz hiergegen weitere durchgreifende Einwände erhoben oder näher dargelegt haben, warum die gutachterliche Feststellung unzutreffend sein sollte, war von dieser Menge auszugehen.

Soweit die Beklagte dem in erster Instanz zudem entgegengehalten hatte, dass sie mehr bestellt habe, als die Klägerin ihr letztendlich geliefert habe, ist dies kein erhebliches Bestreiten, da die Beklagte konkret – und nicht nur durch Vorlage von einigen wenigen 8-Wochen-Vorhersagen – die Nichtausführungen von Bestellungen hätte darlegen müssen. Insoweit kann auf obige Ausführungen zum PET-Vertrag verwiesen werden. Dies gilt auch, soweit die Beklagte darauf verwiesen hat, sie habe wegen der «verzögerten Lieferungen» der Klägerin im Jahre 2004 insgesamt 48.385,58 hl Bier in Dosen selbst produzieren müssen, so dass dies auf

138

die Jahresmenge anzurechnen sei. Denn ohne konkrete Darlegung, in welchen Monaten die Klägerin welche Bestellungen der Beklagten nicht ausgeführt und in welchem Monat deshalb die Beklagte selbst hat produzieren müssen, lässt sich dieser Vortrag nicht nachvollziehen. Dass die Klägerin nicht alle Bestellungen der Beklagten ausgeführt habe und es deshalb zu einer einvernehmlichen Produktionsverlagerung gekommen sei, hatte die Klägerin bereits zuvor bestritten, so dass Anlass für die Beklagte bestanden hätte, hierzu näher vorzutragen.

2.

139

Ausgehend von der sich aus Ziff. 1 ergebenden Mindermenge von 91.022 hl Bier in Dosen resultiert daraus ein Schaden in Höhe von 330.668,90 EUR. Dies ist der Betrag, der der Klägerin nach Abzug der ersparten Kosten als entgangener Deckungsbeitrag als Schaden entstanden ist. Dies hat das in erster Instanz eingeholte Gutachten nachvollziehbar und in der Sache überzeugend bestätigt. Hinsichtlich der Schadensberechnung wird auf die Ausführungen im Gutachten nebst der erstinstanzlich dazu gegebenen mündlichen Erläuterungen des Sachverständigen verwiesen.

Die hiergegen von der Beklagten erhobenen Einwände sind nicht durchgreifend. Insbesondere waren die der Klägerin entstandenen Fixkosten nicht vom Schadensbetrag abzusetzen. Dass Fixkosten im Falle des Schadensersatzes grundsätzlich nicht anzusetzen sind, entspricht der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. nur BGH v. 1.3.2001, NJW-RR 2001, 985). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz käme allenfalls dann in Betracht, wenn der vertragsgemäße Bezug durch den Käufer zusätzliche Investitionen des Verkäufers im Bereich der fixen Kosten erfordert hätte; darlegungs- und beweispflichtig hierfür ist – wie auch sonst für vom Verkäufer ersparte Spezialunkosten – der Käufer (BGH v. 22.2.1989, BGHZ 107, 67, 69). In diesem Fall des BGH ging es gleichfalls um den Schaden einer Brauerei. Der BGH (a.a.O.) hat dort ausgeführt:

140

«...daß die Klägerin durch den Schadensersatz wegen Nichterfüllung so zu stellen ist, wie sie bei ordnungsgemäßer Erfüllung durch den Beklagten gestanden hätte, und daß in diesem Falle die fixen Kosten jedenfalls dann nicht höher gewesen wären als bei der unterbliebenen Abnahme, wenn der klagenden Brauerei ausreichende Produktionskapazitäten zur Verfügung standen, um ohne Investitionen im Bereich der fixen Kosten außer ihrer weiteren Kundschaft auch noch den vertragsgemäßen Bierbezug durch den Beklagten mitbefriedigen zu können. Letzteres hat der Beklagte nicht einmal behauptet; ihn aber traf hierfür die Darlegungs- und Beweislast (RG JW 1936, 797, 798 a.E.), weil eine Vermutung dafür besteht, daß die allgemeinen Geschäftsunkosten generell anfallen (ebenso für den umgekehrten Fall des unterbliebenen Weiterverkaufs durch den Käufer z.B. Baumgärtel/*Strieder*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, § 252 Rn. 13 m.Nachw.).»

Dem ist im vorliegenden Fall nichts hinzuzufügen. Soweit die Beklagte in erster Instanz von der Klägerin verlangt hat, diese möge vortragen, warum sie keine Fixkosten in Ansatz bringe, verkennt dies die geschilderte Darlegungslast. Auch der Sachverständige konnte in seiner erstinstanzlichen Anhörung keinen Grund aus betriebswirtschaftlicher Sicht benennen, warum hier abweichend vom beschriebenen Grundsatz Fixkosten zu berücksichtigen wären. Der auch

141

in diesem Zusammenhang von der Beklagten gegebene Hinweis auf die beabsichtigte Partnerschaft der Parteien ist unbehelflich, da er nichts an den oben geschilderten Grundsätzen der Schadensberechnung ändert.

Diese Schadensberechnung ist auch nicht wegen eines etwaigen Anspruchs der Beklagten auf Preisanpassung zu korrigieren, denn ein solcher Anpassungsanspruch steht der Beklagten nicht zu. Die Beklagte hat einen solchen Anspruch aus § 4 des Dosenvertrages und daraus abgeleitet, dass die Parteien dort von Herstellkosten in Höhe von 8 EUR ausgegangen seien, der Sachverständige aber für das Dosenbier «Kosten» von 6,69 EUR (0,33 l-Dose) und 6,71 EUR (0,5 l-Dose) ermittelt habe. Die Annahme der Beklagten, diese vom Sachverständigen genannten Beträge seien mit den Herstellkosten gleichzusetzen, geht jedoch fehl und wurde bereits vom Sachverständigen in seiner Anhörung in erster Instanz nachvollziehbar widerlegt. Danach handelt es sich bei diesen Beträgen lediglich um die ersparten variablen Kosten und müssten, um die Herstellkosten der Klägerin zu ermitteln, noch die Fixkosten addiert werden, die aber – wie oben dargelegt – bei der Schadensberechnung keine Rolle spielen und deshalb vom Sachverständigen nicht ermittelt wurden. Dann aber ist ein Anspruch der Beklagten auf Preisanpassung nach § 4 des Dosenvertrages schon mangels Unterschreitens der Herstellkosten nicht gegeben.

142

3.

Der Anspruch ist nicht verjährt, da er entgegen der Ansicht der Beklagten bereits Gegenstand der ursprünglichen Klage war. Die Klägerin hat ihren Anspruch von Anfang an (auch) darauf gestützt, dass die Beklagte entgegen der vertraglichen Verpflichtung zu wenig Bier abgenommen habe. Damit aber handelte es sich von Anfang und auch jetzt noch um einen von der Frage der wirksamen Vertragsaufhebung unabhängigen Schadensersatzanspruch; eine Klageänderung ist nicht gegeben.

143

4.

Aufrechenbare Gegenansprüche stehen der Beklagten gegen die im Prozess erhobenen Zahlungsansprüche nicht zu. Über sie war wegen ihrer Entscheidungsreife abschließend zu befinden.

144

Nur soweit die Beklagte ihre Gegenansprüche auf Hinweis des Senats zur Unzulässigkeit der Aufrechnung aufgelistet und in eine Reihenfolge gebracht hat, war von einer ausreichenden Aufrechnungserklärung der Beklagten auszugehen. Damit war lediglich über folgende Ansprüche zu entscheiden:

145

1. Schäden durch Lieferung von Verpackungsmaterialien etc. in Höhe von 1.078.281,74 €
2. Forderung in Höhe von 164.544 €
3. Forderung in Höhe von 45.357,67 €

Soweit zuvor Aufrechnungen erklärt wurden, ist davon auszugehen, dass an diesen prozessual nicht mehr festgehalten wurde:

146

Soweit die Beklagte im Prozess verwiesen hat auf eine vorprozessual am 2.5.2005 erklärte Aufrechnung in Höhe von 5.805.894 €, betrifft dies ihre Gegenforderungen wegen der angeblich unberechtigten Kündigung seitens der Klägerin. Insoweit hat die Beklagte auf das laufende Verfahren in Belgien verwiesen und mehrfach zum Ausdruck gebracht, dass sie Widerklage erheben werde. Der Senat geht deshalb davon aus, dass mit dieser Forderung im Prozess nicht die Aufrechnung erklärt werden sollte, zumal diese Forderung nur in nicht bezifferter Form in der zuletzt eingereichten Auflistung der Beklagten auftaucht. Eine Aufrechnung mit einem «unbezifferten Schadensersatzanspruch», wie er in der Auflistung auftaucht, ist hingegen unzulässig. 147

Auch soweit die Beklagte im Prozess mit Schriftsatz vom 21.9.2006 «vorsorglich» die Aufrechnung erklärt hat mit einer Forderung in Höhe von «403.82,22 EUR» (gemeint sind 403.082,22 EUR, ein offensichtlicher Schreibfehler) und dies auf eine angebliche Verpflichtung der Klägerin zur Preisanpassung für das Dosenbier und eine dadurch bedingte Überzahlung gestützt hat, hat die Beklagte diese Forderung in ihrer Auflistung der zur Aufrechnung gestellten Forderungen nicht aufgenommen, so dass – auch mangels ansonsten erforderlicher Erklärung, gegenüber welchen Forderungen denn überhaupt in welcher Reihenfolge aufgerechnet werden soll – von einem Fallenlassen dieser Aufrechnung im vorliegenden Prozess auszugehen ist. 148

Die damit zur Prüfung verbleibenden, oben nummerierten drei Forderungen der Beklagten stehen ihr nicht zu. Dazu im Einzelnen: 149

a) 150
Die Forderung in Höhe von 1.078.281,74 EUR begründet die Beklagte mit der Nichtrückgabe von Verpackungsmaterialien für den Dosen- und den PET-Vertrag, für die die Beklagte die zur Aufrechnung gestellte Summe bezahlt und die sie der Klägerin zur Verfügung gestellt haben will. Dem Grunde nach ist ein solcher Anspruch auf Schadensersatz unabhängig davon möglich, ob die Verträge wirksam durch die Klägerin gekündigt wurden oder nicht. Wurden sie wirksam gekündigt, hätte die Klägerin nicht verbrauchtes Material zurückgeben und für den Fall der Nichterfüllung dieser Pflicht Schadensersatz leisten müssen, Art. 81 Abs. 2, 45 Abs. 1 lit. b, 74 CISG. Wurden die Verträge nicht wirksam gekündigt, würde es sich bei dem Verpackungsmaterial, das nicht für die Produktion verwendet, aber auch nicht an die Beklagte zurückgegeben wurde, um frustrierte Aufwendungen der Beklagten handeln, die gleichfalls unter Art. 74 CISG fallen würden (Staudinger/*Magnus*, a.a.O., Art. 74 CISG Rn. 53).

Darlegungs- und beweisbelastet für die jeweiligen Anspruchsvoraussetzungen ist die Beklagte, insbesondere also für den Nichtverbrauch des Materials für die für die Beklagte produzierten Produkte und den Umfang der Nichtrückgabe. Dieser Darlegungs- und Beweislast genügt der Beklagtenvortrag nicht. 151

Die Beklagte hat sich im Wesentlichen zur Begründung ihres Anspruchs auf die Vorlage einer Übersicht als Anlage B27 begnügt und dazu schriftsätzlich lediglich marginal erläutert, wie diese Übersicht zu lesen sei. Für den Fall des Bestreitens der produzierten und damit verbrauchten Menge hat die Beklagte die Vorlage von Lieferpapieren angekündigt. Vorgelegt hat sie diese in der Folge nicht. Sachverständigenbeweis hat sie in dem genannten Schriftsatz vom 152

19.1.2006 lediglich angeboten für die Behauptung, dass ein Schwund von 2,9 PET-Rohlingen und 12 Millionen Bierdosendeckeln bei der Produktion nicht eintrete.

Die Klägerin hat auf diesen Vortrag durch Vorlage einer ergänzten Übersicht als Anlage K29 reagiert und die Unterschiede in den Mengenangaben der Parteien grau hinterlegt. Die Unterschiede liegen dabei vor allem darin, wieviel Material zurückgeliefert wurde, wieviel für die Produktion benötigt wurde, was wegen Ablaufs des Haltbarkeitsdatums vernichtet wurde und was noch bei der Klägerin vorhanden und trotz Aufforderung von der Beklagten nicht abgeholt wurde.

153

Die Beklagte hat daraufhin mit Schriftsatz vom 18.1.2007 lediglich erwidert, dass sie, soweit die Höhe des Anspruchs, wie z.B. der Wiederbeschaffungswert, bestritten werde, Sachverständigenbeweis anbiete und dass eventuell bei der Klägerin noch vorhandenes Material mittlerweile unbrauchbar sei.

154

Dies reicht insgesamt weder für einen substantiierten Tatsachenvortrag zu den Anspruchsvoraussetzungen noch als Beweisantritt für alle bestrittenen Behauptungen aus. Vielmehr hätte die Beklagte angesichts des von der Klägerin vorgelegten Zahlenwerks nunmehr konkret – ggf. unter Verweis auf vorzulegende Lieferscheine – darlegen müssen, wie sie die von ihr in der Anlage B27 eingetragenen Zahlen ermittelt hat, worauf diese also konkret basieren, insbesondere die Produktionsmengen. Sie hätte zudem die von der Klägerin behaupteten Rücklieferungsmengen substantiiert bestreiten müssen. Auch die von der Beklagten vorgelegte Anlage B34 enthält dazu keine weitergehenden konkreten Darlegungen.

155

Von der Beklagten nicht ausreichend angegriffen sind auch die von der Klägerin dargelegten Vernichtungsangaben sowie die Restlagerzahlen. Der Verweis der Beklagten, das Material sei mittlerweile unbrauchbar, reicht nicht aus, um eine Pflichtverletzung der Klägerin zu begründen, solange die Beklagte nicht vorträgt, warum sie dieses Restlager nicht – trotz der nicht weiter bestrittenen Aufforderung zum Abholen – rechtzeitig abgeholt hat.

156

Selbst wenn man den Beklagtenvortrag als ausreichenden Tatsachenvortrag zu den bei der Klägerin verbliebenen und nicht durch Produktion verbrauchten Mengen ansehen würde, fehlt es jedenfalls an dem angesichts des substantiierten Bestreitens der Klägerin erforderlichen hinreichenden Beweisangebot für die bestrittenen Behauptungen. Der von der Beklagten in den Schriftsätzen vom 19.1.2006 und 18.1.2007 angebotene Sachverständigenbeweis bezieht sich den Ausführungen nach zum einen nur auf die Frage der Schwundhöhe bei der Produktion (die hier gar nicht im Vordergrund des Streits steht), zum anderen auf die wertmäßige Höhe des geltend gemachten Anspruchs, z.B. in Form des von der Beklagten angesetzten Wiederbeschaffungswertes. Die behaupteten Mengen jedoch, die Grundlage einer solchen Berechnung sind, sind von der Beklagten nicht unter Sachverständigenbeweis gestellt worden. Ein solches explizites Beweisangebot wäre aber erforderlich gewesen. Für eine Beweiserhebung von Amts wegen bestand kein Anlass.

157

Der als Anlage B34 vorgelegte Auszug aus dem belgischen Verfahren enthält keine sachverständigen, gerichtsfesten Feststellungen, sondern nur eine Zusammenfassung des dortigen Sachstandes.

158

Auf diese Darlegungs- und Beweisangebotsmängel ist die Beklagte im letzten Termin im Rahmen der ausführlichen Erörterung hingewiesen worden. Eine Stellungnahme dazu hat sie weder abgegeben noch angeboten, auch ihr Beweisangebot hat sie nicht erweitert. Damit bleibt sie beweisfällig. **159**

b) **160**
Die Forderung in Höhe von 164.544 € setzt sich zusammen aus drei Rechnungen vom 31.12.2004, mit der die Beklagte der Klägerin Beratungsleistungen in Rechnung gestellt hat, und summiert sich auf 164.544 EUR. Soweit die Beklagte in ihren Schriftsätzen mehrfach einen Betrag von 166.544 EUR anführt, dürfte es sich dabei um einen Schreib- bzw. Rechenfehler handeln.

Ein solcher Anspruch in Höhe von 164.544 EUR steht der Beklagten nicht zu. Der hierzu von der Beklagten erbrachte Vortrag rechtfertigt weder die Annahme eines vertraglichen Anspruchs noch einer andere Anspruchsgrundlage. Die Beklagte begründet die Rechnungen letztlich mit einer «Schadensminimierung» in Bezug auf das abredewidrige Verhalten der T[...] im Hinblick auf eine gescheiterte Beteiligung der Beklagten an der Klägerin. Eine vertragliche Abrede der Parteien dahingehend, dass der Beklagten etwaige Beratungsleistungen von der Klägerin zu vergüten seien, trägt die Beklagte damit gerade nicht vor. Der Verweis auf den Entwurf einer Kooperationsvereinbarung hilft schon deshalb nicht weiter, weil diese Vereinbarung im Entwurf steckengeblieben ist und nicht von der T[...] und der Beklagten unterschrieben wurde. Darüber hinaus würde eine Vereinbarung zwischen der T[...] und der Beklagten keine Ansprüche gegen die Beklagte, sondern allenfalls gegen die T[...] begründen; gleiches gilt für etwaige Schadensersatzansprüche für im Hinblick auf die (gescheiterte) Partnerschaft erbrachte Leistungen. Inwiefern ein solcher Anspruch gegen die T[...] in Betracht käme, braucht hier nicht erörtert zu werden, da er jedenfalls der Klägerin als eigenständige Rechtspersönlichkeit nicht entgegen gehalten werden könnte. **161**

Eine konkrete mündliche Verabredung zwischen der Klägerin und der Beklagten über entgeltliche Beratungsleistungen hat die Beklagte nicht ausreichend vorgetragen. **162**

Für einen bereicherungsrechtlichen Anspruch fehlt es bereits am ausreichenden Vortrag zur Bereicherung auf Klägerseite und zu deren Höhe. **163**

Auch diese Punkte sind im Verhandlungstermin vor dem Senat erörtert worden, ohne dass die Beklagte dazu ergänzend vorgetragen hätte. **164**

c) **165**
Die Forderung in Höhe von 45.357,67 € setzt sich ebenfalls aus Teilforderungen zusammen: Die Beklagte macht geltend, dass die Klägerin im Rahmen einer Gutschrift in Höhe von 123.952,21 EUR für eine – unstrittige – Bierrücklieferung einen Abzug für Bruch und Umpackkosten in Höhe von 19.238,67 EUR brutto (16.585,06 EUR netto) zu Unrecht vorgenommen habe. Zudem seien der Beklagten zusätzliche Transportkosten in Höhe von 26.119 EUR entstanden.

Auch dieser Anspruch steht der Beklagten nicht zu, weil ihr Vortrag auch insoweit nicht ausreichend substantiiert ist. **166**

Die «zusätzlichen Transportkosten» in Höhe von 26.119 EUR stünden der Beklagten überhaupt nur zu, wenn der Rücktransport durch ein pflichtwidriges Verhalten der Klägerin verursacht wurde. Dabei ist zu beachten, dass die Verantwortung für den Transport als solchem bei der Beklagten lag, da sie die Ware «ab Rampe» bei der Klägerin abzunehmen und für den Transport zu sorgen hatte. Die Beklagte hat dazu lediglich vorgetragen, dass die von der Klägerin für die Verpackung der Biere verwendete Folie falsch gewesen sei. Dies lässt aber nicht erkennen, was konkret falsch war, was also richtig hätte gemacht werden müssen. Auch wird dadurch nicht deutlich, warum dies ein Recht des Endabnehmers zur Annahmeverweigerung begründet. Möglicherweise kam es zu Transportschäden. Das hierfür kausale Verhalten der Klägerin hätte aber – gerade wegen der Verantwortlichkeit der Beklagten für den Transport – genau eingegrenzt und beschrieben werden müssen, um es einem Beweis zugänglich zu machen. Auch die Höhe des Anspruchs ist nicht näher dargelegt worden. Wie sich diese «zusätzlichen Transportkosten» im Einzelnen zusammensetzen, hat die Beklagte nicht dargelegt und den Betrag damit einer Schlüssigkeitsprüfung entzogen. Dass die Klägerin die Ware zurückgenommen hat, bedeutet kein Anerkenntnis in Bezug auf Ansprüche, die aus dem Rücktransport resultieren.

167

Auch für die Frage der Höhe der Gutschrift wäre es erforderlich gewesen, dass die Beklagte im einzelnen darlegt, inwiefern die Ursache für den Rücktransport und die dadurch bedingten Bruch- und Umpackkosten nicht in der Sphäre des Transporteurs, sondern von der Klägerin gesetzt wurde. Da die Beklagte hier Zahlungsansprüche geltend macht, trifft sie insoweit die volle Darlegungslast. Die näheren Ursachen und Umstände der Rücklieferung hat die Beklagte jedoch nicht vorgetragen. Auch der weitere Betrag von 19.238,67 EUR konnte deshalb der Beklagten als Gegenanspruch nicht zuerkannt werden.

168

Auf die im letzten Termin hierzu gegebenen Hinweise zum nicht ausreichenden Vortrag hat die Beklagte keine vertiefende Erklärung abgegeben. Vielmehr hat der Geschäftsführer der *Klägerin* lediglich bestätigt, dass sich der Streit um beim Transport entstandene Schäden drehe. Eine nähere Erläuterung hierzu ist von Beklagtenseite nicht erfolgt.

169

II.

Ein weitergehender Schadensersatzanspruch für Minderabnahmen bezüglich des Dosen-Vertrages in den Monaten Januar bis März 2005 sowie wegen der erklärten Vertragsaufhebung für den Monat April 2005 in Höhe von weiteren 280.837,73 EUR steht der Klägerin hingegen nicht zu. Für April 2005 folgt dies schon daraus, dass die von der Klägerin erklärte Vertragsaufhebung gemäß obigen Ausführungen nicht wirksam war.

170

Für den Zeitraum Januar bis März 2005 folgt dies daraus, dass die Verletzung der Pflicht zur Abnahme von 400.000 hl am 31.3.2005 noch nicht eingetreten war. Denn eine Pflicht zur Abnahme einer bestimmten Monatsmenge bestand grundsätzlich nicht. Zwar traf die Beklagte, wie oben zum PET-Vertrag ausgeführt, die vertragliche Verpflichtung, monatlich jedenfalls soviel abzunehmen, dass in der verbleibenden Zeit eine Produktion der Jahresrestmenge noch möglich sein würde. Diese Pflicht aber war hinsichtlich des Dosen-Vertrages im Hinblick auf die verbleibenden neun Monate erfüllt. Dass es in der Folge zu keiner weiteren Lieferung mehr kam, lag an der Vertragsaufhebung durch die Klägerin.

171

E.

172

Die Klägerin macht für die Minderabnahmen im Rahmen des PET-Vertrages für den Zeitraum Juni 2004 bis einschließlich März 2005 sowie wegen der Vertragsaufhebung vom 31.3.2005 für den Monat April 2005 Schadensersatz in Höhe von insgesamt 5.776.840,39 EUR geltend. Dieser Schadensersatzanspruch steht derzeit lediglich dem Grunde nach fest, hinsichtlich der Anspruchshöhe ist Entscheidungsreife noch nicht gegeben. Da der Rechtsstreit im Übrigen entscheidungsreif ist, war im Ergebnis erneut ein Grundurteil zu erlassen, dessen Tenor allerdings etwas von dem der ersten Instanz abweicht.

Dass der Klägerin wegen einer Minderabnahme von 250.494,50 hl Pils und 23.068,50 hl Weizen für den Zeitraum Juni 2004 bis einschließlich März 2005 ein Schadensersatzanspruch zusteht, ergibt sich ohne weiters aus den obigen Ausführungen zum Recht der Klägerin zur Aufhebung des PET-Vertrages. Gleiches gilt für den Schadensersatzanspruch dem Grunde nach für den Monat April 2005. Da die für diesen Monat von der Klägerin angesetzten Mengen von 41.641 hl Pils und 7.717 hl Weizen deutlich unterhalb der Menge liegt, die die Klägerin gemäß den obigen Ausführungen hätte produzieren können, und da die Beklagte diese Menge nicht näher bestritten hat, waren sie hier mit in das Grundurteil aufzunehmen. Die fehlende Entscheidungsreife bezieht sich lediglich auf die Höhe des pro Hektoliter entstandenen Schadens in Euro; zu dieser Frage ist ein Sachverständigengutachten einzuholen. Die Mengen hingegen werden hier als Bestandteil des Grundurteils dem weiteren Streit entzogen; sie gehören damit nicht mehr in das noch offene Betragsverfahren.

173

F.

174

Der Klägerin stehen die geltend gemachten Zinsansprüche ab Rechtshängigkeit zu. Lediglich hinsichtlich des Kaufpreisanspruchs waren die Pos. 25 (4.304,90 EUR) und die Pos. 27 (7.530,36 EUR) aus der zu verzinsenden Summe herauszunehmen, da es sich bei diesen Forderungen – wie oben bereits angeführt – um ausgerechnete Zinsforderungen handelt, für die auch im Rahmen des CISG das Zinseszinsverbot des § 289 BGB gilt.

G.

175

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Eine Kostenentscheidung war nicht veranlasst; sie bleibt – auch hinsichtlich der Kostenverteilung für die erste Instanz – der Schlussentscheidung vorbehalten.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht gegeben sind. Insbesondere kommt dem Fall keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu. Auch die Fortbildung des Rechts gebot die Zulassung nicht.

176