
Datum: 10.03.2011
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 190/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2011:0310.21U190.09.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 42 O 28/09

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Essen vom 09.09.2009 (Az.: 42 O 28/09) wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung hat die Beklagte zu tragen. Die Streithelferinnen tragen ihre jeweiligen Kosten selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

1

I.

2

Die Klägerin ist ein Entsorgungsunternehmen, das von der Stadt K mit Entsorgungsvertrag vom 05.01.2005 damit beauftragt wurde, die der Entsorgungspflicht der Stadt K unterliegenden Abfälle zu entsorgen. Dazu gehört auch die Verwertung von Papier, Pappe und Kartonagen, die über Depotcontainer, Großcontainer und haushaltsnahe Sammlungen mittels blauer Tonne gesammelt werden.

3

4

Die Beklagte ist ein ebenfalls im Bereich der Entsorgung tätiges Unternehmen mit langjähriger Branchenkenntnis.

Am 05.09.2007 schrieb die Klägerin die Dienstleistung „Annahme und Verwertung von ca. 25.000 t bis 35.000 t für Altpapier und Kartonagen“ in einem EU-weiten, offenen Verfahren aus. Die Altpapiermengen sind qualifiziert mit den EAK-Codes 200 101 (Papier und Pappe), 150 106 (gemischte Verpackungen/DSD Papier und Pappe/Sammelware unsortiert) sowie 200 101 (Papier und Pappe/5.01 unsortiertes Altpapier, getrennt von anderen Materialien gesammelt) (Bl. 18 ff.).

In Ziffer 1.3.1 („Zuschlagskriterium/Wertung“) der „Angebotsdaten und Übersicht“ der Ausschreibungsunterlagen heißt es:

„Ausschlaggebend für die Zuschlagserteilung ist der garantierte Vergütungspreis pro Tonne. Die Mindestvergütung muss mindestens 80,00 €/t zzgl. der jeweils gültigen USt. betragen.“ (Bl. 26). Nachdem die Klägerin die Beklagte unter dem 12.09.2007 zur Abgabe eines Angebots aufgefordert hatte (Bl. 74), gab die Beklagte unter dem 05.11.2007 ihr Angebot ab (Bl. 75). Unter dem 21.11.2007 erteilte die Klägerin der Beklagten den Zuschlag (Bl. 87).

Gemäß Ziff. 2.14 der besonderen Vertragsbedingungen war als Leistungszeitraum der 01.01.2008 bis zum 31.12.2008 vereinbart. Der Vertrag sollte sich um ein weiteres Jahr verlängern, sofern er nicht von der Klägerin bis zum 30.09.2008 gekündigt wird. Als von der Beklagten der Klägerin angebotener, zu zahlender „garantierter Vergütungssatz für den gesamten Zeitraum“ wurde ein Betrag von 118,-- € pro Tonne zzgl. der jeweils geltenden USt. vereinbart (Bl. 86).

Die Beklagte hat den von ihr angebotenen – in den Ausschreibungsunterlagen von der Klägerin dem Grunde nach verlangten - Festpreis selbst kalkuliert, ohne der Klägerin ihre diesbezüglichen Kalkulationsgrundlagen offen zu legen.

Ziff. 2.11. der besonderen Vertragsbedingungen lautet wie folgt (Bl 86):

„Für die Berechnung der Vergütung sind allein die Einheitspreise maßgeblich. Darin sind sämtliche Leistungen, Nebenleistungen, Kosten und Nebenkosten enthalten, die zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung erforderlich sind. Dem Auftraggeber dürfen darüber hinaus keine weiteren Kosten entstehen.“

Gemäß Ziff. 2.13 der besonderen Vertragsbedingungen ist die Zahlung der Beklagten bis zum 15. des Folgemonats fällig.

Die Beklagte schloss ihrerseits zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber der Klägerin einen, mit dem zwischen den Parteien geschlossenen weitgehend inhaltsgleichen Vertrag mit der Streithelferin zu 1), der A-GmbH, ab. Hierin verpflichtete sie sich, die ihr aus dem Vertrag mit der Klägerin überlassene Papiersammelmenge an die Streithelferin zu einem Preis von 125,00 € pro Tonne zzgl. USt zu überlassen. Die Laufzeit dieses Vertrages wurde entsprechend dem zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits geschlossenen Vertrag vereinbart.

Die Klägerin teilte der Beklagten unter dem 23.09.2008 mit, dass sie von ihrem Kündigungsrecht zum 30.09.2008 keinen Gebrauch machen werde.

Im Herbst 2008 fielen die Preise für Altpapier.

Der Marktpreis für Altpapier wird monatlich vom Europäischen Wirtschaftsdienst (EUWID) auf der Basis der (tatsächlich) erzielten Händlerpreise für Altpapier frei Werk, sortiert und in Ballen verpresst für den Monatsabschluss veröffentlicht.

Die A GmbH erfüllte den zwischen ihr und der Beklagten geschlossenen Vertrag seit dem 01.01.2009 nicht mehr. Seit diesem Zeitpunkt verkauft die Beklagte das Altpapier an dritte Unternehmer zu den jeweiligen Marktpreisen. 17

Die Beklagte nahm mit der Klägerin wegen der veränderten Preise für Altpapier Kontakt auf und versuchte eine Vertragsanpassung zu erreichen. So wandte sich die Beklagte mit Schreiben vom 23.12.2008 an die Klägerin, in dem sie erklärte, dass sie den Vertrag anpassen wolle und Preise anbot, die von den vertraglichen Vereinbarungen abwichen. Nachfolgend fanden Gespräche zwischen den Beteiligten statt, in denen die Beklagte der Klägerin nochmals vom Vertrag abweichende Preise anbot. Nach Rücksprache mit ihren beiden Gesellschaftern, der Wgesellschaft mbH (W) und der S GmbH, teilte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 19.01.2009 mit, dass am Vertrag vom 21.11.2007 zu den dort vereinbarten Bedingungen festhalte und forderte die Beklagte schriftlich auf, zu bestätigen, dass sie auch künftig bis zum Ende der Vertragslaufzeit die vertraglichen Verpflichtungen zur Abnahme der Altpapiermengen zu den vereinbarten Konditionen erfüllen werde. Hierzu erwiderte die Beklagte nach zwischenzeitlich weiterem Schriftwechsel, mit Schreiben vom 23.01.2008: 18

„Im Hinblick auf die Abnahme des Altpapiers teilen wir Ihnen verbindlich mit, dass wir dieses wie bisher auch zukünftig bis Ende der Vertragslaufzeit, d.h. 31.12.2009, fortlaufend abnehmen werden. Wir behalten uns jedoch weiterhin vor, die Höhe der zu zahlenden Vergütung vor dem Hintergrund unseres Anspruchs auf Vertragsanpassung gerichtlich klären zu lassen. Sämtliche Zahlungen unsererseits erfolgen daher stets unter Vorbehalt der Rückforderung.“ 19

Mit Schreiben vom 02.02.2009 bestätigte die Beklagte der Klägerin den vorstehenden Inhalt noch einmal ausdrücklich. Wegen der Einzelheiten und der nachfolgenden, nunmehr anwaltlichen Korrespondenz der Parteien wird auf die Darstellung in der Klageschrift und die dieser beigefügten Anlagen K 8 –K 18 und K 21 Bezug genommen. 20

In der Folgezeit stellte die Klägerin das Altpapier weiterhin am vereinbarten Umladeplatz zur Verfügung. Die Beklagte nahm das Papier ab. 21

Die Klägerin stellte ihre Rechnungen für die Monate Januar bis April 2009, die die Beklagte teilweise bezahlte, wobei sie einen Preis von 27,40 Euro/t netto zugrunde legte, wie folgt: 22

Rechnungsdatum	Zeitraum	Tonnen	Rechnungssumme	Zahlung	Rest	Vortrag Bl.
Re.v. 03.02.09	Jan.09	2.811,27	394.758,53	91.664,27	303.094,26	111
Re.v. 03.03.09	Febr.09	2.664,91	374.206,66	86.142,77	284.837,04	129
GS v. 16.03.09		- 22,98	- 3.226,85			
		2.641,93	370.979,81			

 23

Re.v.14.04.09	März 09	3.007,48	422.310,34	98.060,59	324.244,13	165
GS v.14.04.09		<u>-0,04 t</u>	<u>-5,62</u>			166
		3.007,44 t	<u>422.304,72</u>			
Re. v. 12.05.09	April 09	2.929,87	411.412,35-	95.282,88	315.059,47	167
GS v. 28.05.09		<u>-7,62t</u>	<u>1.070,00</u>			168
		2.922,25	410.342,35			
Summe		11.382,89	1.598.385,39	371.150,51	<u>1.227.234,90</u>	

Mit der Klage hat die Klägerin die Zahlung des sich hiernach ergebenden Restbetrages geltend gemacht. 24

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, dass die von der Beklagten begehrte Vertragsanpassung aus mehreren Gründen nicht in Betracht komme: 25

- Die Beklagte trage bereits aufgrund der von ihr in Ziffer 2.11 der Besonderen Vertragsbedingungen das Risiko von Preisänderungen. Eine Vertragsanpassung setze voraus, dass sich durch die Störung ein Risiko verwirklicht habe, das die Partei, die sich auf eine Anpassung berufe, nicht zu tragen habe. Zwar komme eine Anpassung ausnahmsweise dann in Betracht, wenn durch Umstände außerhalb des Einfluss- und Risikobereichs des Schuldners ein so krasses Missverhältnis bestehe, dass ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zumutbar sei. Ein solcher Fall liege aber bei einer ungünstigen Marktpreisentwicklung nicht vor. Die Klägerin bestreitet in diesem Zusammenhang die von der Beklagten behauptete existentielle Bedrohung bei Zahlung des mit der Klägerin vereinbarten Preises mit Nichtwissen. Zudem verweist sie darauf, dass die Beklagte gegenüber ihrem Vertragspartner ihre vertraglichen Ansprüche durchsetzen könne. 26

- Darüber hinaus handle es sich nach der Rechtsprechung des BGH bei der Vereinbarung eines Festpreises um die Übernahme eines Risikos, der ersichtlich in den Bereich einer Partei falle. 27

- Zudem sei der von der Beklagten behauptete Marktpreisverfall und die damit einhergehende (nachträgliche) Fehlkalkulation im Hinblick auf die von der Beklagten angebotene Vergütung schon nicht Geschäftsgrundlage geworden, da die Beklagte den Preis pro Tonne angeboten habe, ohne – insoweit unstreitig – der Klägerin ihre Preiskalkulation mitzuteilen. Demzufolge könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Geschäftswille beider Parteien auf einer Preiskalkulation und der Vorstellung der Beklagten beruht habe. Vielmehr sei die Preiskalkulation eine einseitige Erwartung der Beklagten geblieben, möglicherweise auf der Grundlage, auf dem Markt einen noch auskömmlicheren Preis zu erzielen, was der Beklagten angesichts eines mit der A GmbH vereinbarten Preises von 125 €/ t auch gelungen sei. 28

- Auf die Frage, ob die Klägerin 80 Euro pro Tonne für auskömmlich gehalten habe, komme es nicht an. Denn zum einen trage der Bieter das Risiko einer falschen Kalkulation. Zum anderen liege auch kein Fall der Vereinbarung unangemessener Preise vor. Nach § 25 Nr. 2 III VOL/A dürfe der Zuschlag nicht auf ein Angebot erteilt werden, dessen Preis in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Leistung stehe. Ein solcher Fall liege aber nicht vor. 29

Gerade der Umstand, dass die Beklagte mit der Streithelferin zu 1) selbst eine noch höhere Vergütung vereinbart habe, spreche für eine auch zwischen den Parteien marktübliche Vereinbarung.

- Die Klägerin habe der Beklagten auch kein ungewöhnliches Wagnis i.S.d. § 8 Nr. 1 III VOL/A aufgebürdet. Ein solches Wagnis liege nur dann vor, wenn es Umstände und Ereignisse betreffe, auf die der Auftragnehmer keinen Einfluss habe und deren Auswirkungen auf Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen könne. Das sei bei der branchenerfahrenen Beklagten nicht der Fall. 30

Die Klägerin hat darüber hinaus die Auffassung vertreten, dass der Vertrag wirksam sei und eine Unwirksamkeit wegen Verstoßes gegen AGB-rechtliche Vorschriften nicht in Betracht komme. 31

§ 308 Nr. 1 BGB sei schon nach seinem eindeutigen Wortlaut nicht auf die in Ziffer 2.14 der Besonderen Vertragsbedingungen geregelte Fallkonstellation anwendbar. Zudem enthalte die vorgenannte Ziffer eine auflösende und keine aufschiebende Bedingung, so dass auch eine entsprechende Anwendung des § 308 Nr. 1 BGB ausscheide. Zudem verstoße die Regelung in Ziffer 2.14 auch dann nicht gegen § 308 Nr. 1 BGB, wenn man davon ausginge, dass eine aufschiebende Bedingung vorläge; denn es handle sich nicht um eine unangemessen lange Frist; das gelte auch in Bezug auf die Dauer der Bezugsverpflichtung selbst. 32

Die Klägerin hat beantragt, 33

die Beklagte zu verurteilen, an sie einen Betrag in Höhe von 1.227.234,90 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Betrag von 303.094,26 € seit dem 16.02.2009, aus einem Betrag von 284,837,04 € seit dem 16.03.2009, aus einem Betrag von 324.244,13 € seit dem 16.04.2009 sowie aus einem Betrag in Höhe von 315.059,47 € seit dem 16.05.2009 zu zahlen. 34

Die Beklagte hat beantragt, 35

die Klage abzuweisen. 36

Die Beklagte hat behauptet, die Preise seien so verfallen, dass sie im Januar 2009 bei 0 – 5 € pro Tonne gelegen hätten. Sie hat geltend gemacht, ihr stehe nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage eine entsprechende Herabsetzung der Vergütung zu, so dass die Klägerin keinen über die bereits gezahlten Beträge hinausgehenden Anspruch auf Zahlung habe. Werde der Vertrag nicht angepasst, so erleide die Beklagte bei einem unveränderten Preis von 118 €/t „horrende Verluste, die in keiner Relation zu ihrer Wirtschaftskraft lägen“. Es würde sich ein Verlust in Höhe von 2.490.000,00 € ergeben, was für sie existenzgefährdend sei. 37

Dadurch, dass die Firma A GmbH als ihrer Vertragspartnerin aufgrund des Zusammenbruchs des Papiermarktes nicht mehr zur Abnahme des Altpapiers willens oder in der Lage gewesen sei, sei der Beklagten die Basis für ihre Kalkulation entzogen worden und zwar aus Gründen, die außerhalb ihrer Einfluss- und Risikosphäre lägen. Daraus, dass die Klägerin einen Mindestpreis von 80 € vorgegeben habe und die Klägerin den Zuschlag auf Grundlage der VOL/A erteilt habe, folge, dass die Klägerin diesen Preis für auskömmlich erachtet habe und selbst nicht von einem erheblichen Preisverfall ausgegangen sei. Denn § 25 Nr. 2 Abs. 2 u. Abs. 3 VOL/A schreibe vor, dass der Zuschlag nicht auf ein unauskömmliches Angebot erteilt werden dürfe. 38

Die Beklagte erkennt zwar an, dass der Bieter im öffentlichen Ausschreibungsverfahren das Risiko einer falschen Kalkulation trage; zudem trage der Auftragnehmer bei einem Festpreisvertrag regelmäßig das Risiko von Preissteigerungen. Allerdings müsse sich auch der Auftraggeber nach Treu und Glauben daran festhalten lassen, dass er nach § 8 Nr. 1 III VOL/A seinem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis zumuten dürfe. Die Beklagte geht ferner selbst davon aus, dass ein ungewöhnliches Wagnis nur vorliege, wenn dem Auftragnehmer Risiken aufgebürdet würden, die er nach der in dem jeweiligen Vertragstyp üblicherweise geltenden Risikoverteilung an sich nicht zu tragen habe. Die Vorschrift finde dementsprechend keine Anwendung auf solche Risiken, die vertragstypisch ohnehin den Auftragnehmer träfen, was namentlich für das Leistungs- und Erfüllungsrisiko gelte. Der Auftragnehmer trage vielmehr gerade das Risiko, seine vertraglichen Verpflichtungen über die gesamte Vertragslaufzeit zu dem vereinbarten Preis kostendeckend erbringen zu können. In den Risikobereich der Beklagten falle danach grundsätzlich, wenn Kosten bei einem unverändert bleibenden Leistungsgegenstand auf Grund veränderter Umstände steigen bzw. Markterlöse sinken würden, so dass sie ihre Vertragsleistungen mit einem erhöhten Kostenaufwand erbringen müsse. Allerdings könne in besonders schwerwiegenden Fällen die Risikoschwelle überschritten sein, namentlich bei drohender Existenzgefährdung.

39

Zudem lägen hier besondere Umstände vor, die ausnahmsweise eine von dem Grundsatz, dass der Auftragnehmer sein Kalkulationsrisiko bei einem Festpreis selbst zu tragen habe, abweichende Beurteilung rechtfertigten. Das sei hier darin begründet, dass die Klägerin sich ihrerseits durch den Abschluss des Vertrages mit der der Streithelferin zu 1) abgesichert und keinen Anlass gehabt habe daran zu zweifeln, dass die Abnahme des Altpapiers gesichert sei. Dass die vorgenannte Streithelferin plötzlich – wegen Zusammenbruchs des Papierweltmarktes – Absatzschwierigkeiten für ihr Produkt haben könnte und deshalb nicht mehr in der Lage oder willens gewesen sei, sei für die Beklagte nicht erkennbar gewesen.

40

Ferner hat die Beklagte die Ansicht vertreten, dass Ziff. 2.14 der besonderen Vertragsbedingungen gegen § 308 Nr. 1 BGB verstoße und deshalb unwirksam sei. Denn das zweite Vertragsjahr stelle sich rechtlich als aufschiebend bedingtes Angebot der Beklagten zu einer Vertragsverlängerung und damit als Option dar, die die Klägerin durch Nichtkündigung des Vertrages bis zum 30.09.2008 annehmen könne. Die sich hiernach ergebende Optionsfrist vom 01.01.2008 bis zum 30.09.2008, und damit von 9 Monaten sei auch unangemessen lang.

41

Das Landgericht hat der Klage antragsgemäß stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt:

42

Der Klägerin stehe gegen die Beklagte aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag ein Anspruch auf Restvergütung in der geltend gemachten Höhe zu. Die Beklagte habe kein Recht auf Anpassung der Vergütungsvereinbarung aus § 313 Abs. 1 BGB. Diese Vorschrift sei nicht anwendbar, wenn sich ein Risiko verwirkliche, das eine Partei zu tragen habe. Dazu gehöre bei einer Festpreisabrede die hierdurch von der Marktpreisentwicklung unabhängig gestellte Kostenkalkulation. Eine Anpassung komme in Fällen der Äquivalenzstörung nur dann in Betracht, wenn der Risikobereich überschritten worden sei. Dies werde dann angenommen, wenn durch außerhalb des Einfluss- und Risikobereichs des Schuldners liegende Umstände ein so krasses Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bestehe, dass ein Festhalten an dem Vertrag nicht mehr zuzumuten sei. Dies sei etwa bei wirtschaftlicher Unmöglichkeit oder Existenzvernichtung des Vertragspartners anzunehmen. Es sei bereits fraglich, ob der Wiederverkaufswert des Altpapiers überhaupt zur Geschäftsgrundlage geworden sei. Jedenfalls habe die Beklagte mit der Vereinbarung des

43

Festpreises das Risiko eines im Laufe der Vertragszeit entstehenden Ungleichgewichtes zwischen Vertrags- und Marktpreis übernommen. Die Marktpreise seien erst ein 3/4 Jahr nach Vertragsabschluss bei einer insgesamt 2jährigen Laufzeit eingebrochen. Außerdem befinde sich der Marktpreis wieder in einer dynamischen Aufwärtsentwicklung.

Schwankungen im Weltpreisgefüge seien als grundsätzliches Phänomen einer globalisierten Wirtschaftsordnung bei jeder Vertragsgestaltung in Betracht zu ziehen. Bei einem operativen Ergebnis der Beklagten im Jahr 2008 von 2.615.287 €, einem Jahresumsatz von 28.761.335 € für das Jahr 2008 und 28.610.00 € für das Jahr 2009 sei die geschätzte Minusdifferenz aus gezahlter und vereinnahmter Vergütung von 2.490.000,00 € im Jahr 2009 nicht von einer derart vernichtenden Größe, dass hier entgegen der vertraglich vorgesehenen Risikoverteilung eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB geboten sei.

Auch der Umstand, dass der Vertrag im Rahmen einer offenen Ausschreibung geschlossen worden sei, führe zu keiner anderen Bewertung, weil auch hier, insbesondere im Rahmen des § 8 Ziff. 1 III VOL/A, die Grundsätze der vertraglichen Risikoverteilung zu beachten seien. Auch die Tatsache, dass die Klägerin einen Mindestpreis vorgegeben habe, führe zu keiner anderen Beurteilung, zumal dieser im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht unangemessen gewesen sei. Jedenfalls bei einer nur zweijährigen Vertragsdauer liege nicht die Aufbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses, sondern das kaufmännische Bemühen um eine mittelfristige Planungssicherheit vor, noch dazu mit einer Regelung, bei der es auf beiden Seiten zu Äquivalenzstörungen kommen könne. 44

Der Vertrag habe auch für das Jahr 2009 Bestand. Die Bestimmung zu Ziff. 2.14 der Besonderen Vertragsbestimmungen verstoße nicht gegen die Wertung der §§ 308 Ziff. 1, 307 BGB. Die Parteien hätten keine unangemessene Annahmefrist i.S.d. § 308 BGB vorgesehen, vielmehr sei der Vertrag durch das Kündigungsrecht der Klägerin auflösend bedingt für 2 Jahre geschlossen worden. Die Wirksamkeit des Kündigungsrechts sei daher an § 308 Abs. 3 BGB zu messen, der ein solches Lösungsrecht im Dauerschuldverhältnis zulasse. 45

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten. Sie nimmt Bezug auf ihren erstinstanzlichen Vortrag und hält insbesondere ihre Auffassung zur Unwirksamkeit der Vertragsverlängerung aufrecht. 46

Die Beklagte ist der Ansicht, das Landgericht habe zu Unrecht die Voraussetzungen für eine Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB abgelehnt. Zutreffend sei das Landgericht davon ausgegangen, dass eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB in den Fällen einer sogenannten Äquivalenzstörung auch dann in Betracht kommen könne, wenn ein Festpreis vereinbart sei und in Folge besonderer Umstände die Grenze der vertraglichen Risikozuweisung überschritten werde. Das sei nicht erst dann der Fall, wenn wirtschaftliche Unmöglichkeit vorliege oder Existenzvernichtung drohe. Vielmehr komme es auf den Inhalt der vertraglichen Vereinbarungen im Einzelfall an. Dabei komme dem verlangten Mindestgebot von 80,00 €/t besondere Bedeutung zu. Diesen Betrag müsse die Klägerin aufgrund der Vorgaben des Vergaberechts für die Dauer der Vertragslaufzeit als auskömmlich angesehen haben, was der Beklagten auch bekannt gewesen sein müsse. Die Frage der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung gehöre bei gegenseitigen Verträgen grundsätzlich zur Geschäftsgrundlage. Es komme darauf an, ob diese Gleichwertigkeit durch unvorhersehbare Ereignisse so gestört werde, dass eine Anpassung erforderlich erscheine. Da es für die Klägerin ersichtlich gewesen sei, dass die Beklagte sich der Verwertung des Altpapiers fremder Dritter als Subunternehmer bedienen werde, sei es für die Klägerin auch ersichtlich gewesen, dass die Beklagte einem anderen vertraglichen Risiko ausgesetzt sei. 47

Die nur noch kurze Restlaufzeit von gut einem Jahr nach dem Einbruch der Preise für Altpapier spreche entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht gegen, sondern für die Beklagte. Denn diese habe in diesem Zeitraum keine Möglichkeit mehr, die ihr entstehenden Verluste nach einer Veränderung der Marktverhältnisse wieder auszugleichen.	48
Außerdem liege auch ein Fall der Existenzgefährdung vor. Hierzu habe die Beklagte in dem Schriftsatz vom 28.07.2009, S. 5/6, hinreichend vorgetragen.	49
Die Beklagte hat der A GmbH den Streit verkündet. Diese ist mit Schriftsatz vom 21.05.2010 dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten beigetreten. Außerdem hat die Beklagte der B mbH (im Folgenden: B) den Streit verkündet. Zur Begründung hat sie ausgeführt, sie habe der B ihre Ansprüche gegen die A GmbH abgetreten, welche die Abtretung jedoch bestreite. Die B hat die abgetreten Ansprüche der Beklagten gegen ihre Streithelferin A vor dem Landgericht Dortmund geltend gemacht. Dieses hat der Klage mit nicht rechtskräftigem Urteil vom 20.04.2010 stattgegeben. Die B ist dem Rechtsstreit ebenfalls auf Seiten der Beklagten beigetreten und hat ihrerseits der A GmbH den Streit verkündet.	50
Die Streithelferin zu 1) ist der Ansicht, Ziff. 2.14 Satz 2 der Besonderen Vertragsbedingungen sei unwirksam.	51
1)	52
a) Unstreitig handele es sich um einen Allgemeine Geschäftsbedingung.	53
b) Die angegriffene Regelung beinhalte den Abschluss eines Einjahresvertrages bis zum 31.12.2008 mit dem Recht der Klägerin, ihn um ein weiteres Jahr zu verlängern, indem sie den Vertrag bis zum 30.09.2008 nicht kündige. Dies ergebe sich auch aus der vereinbarten Liefermenge, nämlich 25.000 bis 35.000 t Altpapier in 12 monatlich etwa gleichen Lieferraten, sowie aus der Angabe des Leistungszeitraumes auf der „Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes“ (Bl. 18), aus den auf dem Umschlag anzubringenden Hinweis (Bl. 20), aus dem „Betreff“ des Angebotes (Bl. 22), aus dem Lieferungszeitraum, wie er in „Angebotsdaten und Übersicht“ (Bl. 25) und in der Leistungsbeschreibung (Bl. 32) angegeben sei. Insbesondere ergebe sich diese Auslegung aus dem Bekanntmachungstext I.D.: 2642238, Veröffentlichungsdatum: 07.09.2007 (Anl. NI 1):	54
„(...) Optionen:Ja. Beschreibung der Option: Der Vertrag verlängert sich um ein weiteres Jahr bis zum 31.12.2009, sofern er nicht vom Auftraggeber bis zum 31.09.2008 gekündigt wird. (...) Vertragslaufzeit bzw. Beginn und Ende der Auftragsausführung, Beginn: 01/01/2008, Ende 31/12/2008).“	55
Damit sehe die Klausel zu Gunsten der Klägerin das Optionsrecht vor, den befristeten Vertrag über den 31.12.2008 hinaus zu verlängern. Somit handele es sich um einen aufschiebend bedingten Vertrag, wobei die Bedingung in einem auf dem freien Belieben der Partei beruhenden Unterlassen bestehe.	56
Von einem Optionsrecht spreche man aber auch, wenn dem Berechtigten ein langfristig bindendes Vertragsangebot gemacht werde. Welche Art der Option vorliege, sei durch Auslegung zu ermitteln. Binde sich, wie im vorliegenden Fall, nur eine Partei, liege in der Regel ein Vertragsangebot mit verlängerter Bindungswirkung vor.	57
Dieses Optionsrecht sei an § 308 BGB zu messen, im letzten Fall in direkter Anwendung, im ersten Fall in analoger Anwendung der Vorschrift.	58

c) Der Vertrag sei entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht an § 308 Nr. 3 HS 2 BGB zu messen, weil er kein Dauerschuldverhältnis i.S. dieser Vorschrift sei. Denn darunter würden nur Verträge fallen, die bereits nach dem Gesetz auch ohne das Vorliegen eines besonderen Grundes durch ordentliche Kündigung beendet werden könnten. Zwar würden auch Sukzessivlieferungsverträge unter den Begriff des Dauerschuldverhältnisses fallen, aber nur, soweit sie als Bezugsverträge ausgestaltet seien. Vorliegend handele es sich aber über einen Ratenliefervertrag über eine von vornherein fest bestellte Liefermenge. Ein Lösungsrecht ohne ausreichende Konkretisierung des Lösungsgrundes sei, weil der Vertrag kein Dauerschuldverhältnis sei, wegen Verstoßes gegen § 308 Nr. 3 BGB unzulässig, denn es negiere die vertragliche Bindung. 59

d) Würde man die Klausel als Lösungsrecht und den Vertrag als Dauerschuldverhältnis qualifizieren, so würde die Unwirksamkeit der Klausel aus § 307 BGB folgen. Mit dem gesetzlichen Leitbild des § 314 BGB sei es unvereinbar, einen auf die bestimmte Zeit von 2 Jahren geschlossenen Vertrag lediglich unter Einhaltung einer Frist von 3 Monaten bereits nach einem Jahr zu kündigen. 60

e) Der Verstoß gegen §§ 308 Nr. 3, 307 BGB würde zur Gesamtnichtigkeit von Ziff. 2.14 der Besonderen Vertragsbedingungen führen, so dass der Vertrag am 31.12.2008 geendet habe. 61

f) Ziff. 2.14 der Besonderen Vertragsbedingungen sei vielmehr an § 308 Nr. 1 BGB zu messen und aufgrund §§ 307, 310 BGB unwirksam. Wie bereits dargelegt, enthalte diese Klausel ein Optionsrecht. Damit habe sich die Klägerin die Frist für die Annahme des Angebots der Beklagten für fast ein Jahr, nämlich vom Ende der Angebotsfrist am 05.11.2007 bis zum 30.09.2008 ausbedungen, was um ein Mehrfaches zu lang sei. Sei die Frist – wie im vorliegenden Fall – länger als die in § 147 Abs. 2 BGB bestimmte Frist, so sei diese Fristbestimmung nur wirksam, wenn der Verwender ein schutzwürdiges Interesse habe, das hinter dem Interesse des Kunden an dem baldigen Wegfall seiner Bindung zurückstehen müsse. Das Interesse des Verwenders sei nicht schutzwürdig, wenn er sich die lange Frist ausbedungen habe, um bei schwankenden Marktpreisen auf Kosten des Kunden spekulieren zu können. So liege der Fall hier. 62

Diese Grundsätze würden auch für Verträge mit Unternehmen im Rahmen des § 307 Abs. 1 BGB gelten. Gemäß § 306 Abs. 2 BGB träten an die Stelle der unangemessenen Annahmefristen die in § 147 BGB bestimmten Fristen. Nach § 147 Abs. 2 BGB könne der Antrag nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten dürfe. Das sei der Zugang des Zuschlagsschreibens der Klägerin vom 21.11.2007 gewesen. Da die Klägerin mit diesem das Angebot der Beklagten zur Verlängerung des Vertrages um ein Jahr nicht angenommen habe bzw. die Verlängerungsoption ausdrücklich nicht ausgeübt habe, sei das Angebot auf Vertragsverlängerung bzw. das Optionsrecht erloschen und die Annahme bzw. Ausübung durch die Klägerin mit Schreiben vom 18.09.2008 verspätet. 63

Außerdem habe die Beklagte in Ziff. 1 ihres schriftlichen Angebots festgelegt, dass sie sich bis zum 31.12.2007 an ihr Angebot gebunden halte. 64

Daher habe der Vertrag am 31.12.2008 geendet. 65

2. 66

Der Vertrag unterliege auch der Anpassung nach § 313 BGB. Eine Festpreisabrede würde die nachträgliche Anpassung des Preisgefüges nicht ausschließen. Eine dem entgegen 67

stehende Allgemeine Geschäftsbedingung wäre von vornherein nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

Im vorliegenden Fall seien steigende Marktpreise für das „1.01 Mischpapier lose“ 68
„zweifelsfrei“ gemeinsame Geschäftsgrundlage gewesen. Das ergebe sich daraus, dass die von der Klägerin verlangte Mindestgebühr von 80,00 €/t dem damaligen Marktpreis entsprochen habe und die Beklagte einen Preis von 118,00 €/t angeboten habe. Das ergebe sich auch daraus, dass die Klägerin nicht bereit gewesen sei, sich sofort für 2 Jahre zu binden, weil sie damit gerechnet habe, dass der Marktpreis nach einem Jahr noch deutlich über 118,00 €/t steigen könne.

Die vertragsgegenständliche Sammelware lose 1.01 entspreche im EUWID dem 69
„Mischpapier 1.02“ mit dem einzigen Unterschied, dass dieses in Ballen gepresst sei; die Presskosten in 2008 und 2009 hätten zwischen 12 und 15 Euro pro Tonne gelegen; die Pressung von 1.01 Sammelware lose spare Zwischenlagerungskosten beim Händler und Transport- und Lagerkosten bei seinem Abnehmer; unter Berücksichtigung dessen habe der damalige Marktpreis 80 Euro pro Tonne betragen (Preisübersicht Bl. 395).

Das Mischpapier 1.02 sei sogar höherwertig als das in der vertraglichen Vereinbarung 70
zwischen den Parteien u.a. genannte „5.01 Unsortiertes Altpapier“.

Soweit das Landgericht ausgeführt habe, es sei bereits zweifelhaft, ob der 71
Wiederverkaufswert des Altpapiers überhaupt zur Geschäftsgrundlage gemacht worden sei, sei dies unzutreffend.

Zudem sei auch die Annahme des Landgerichts, dass der Wegfall des Abnehmers für § 313 72
BGB keinen Unterschied mache, unzutreffend. So wie bei Bestehen eines vergleichbaren Entgeltanspruchs gegen einen Dritten und entsprechende Leistungen durch diesen, die für § 313 BGB erforderliche Unzumutbarkeit zu verneinen sein kann, gelte das auch umgekehrt, wenn gegen den Dritten der vergleichbare Entgeltanspruch nicht bestehe und von diesem nicht gezahlt werde, weil das für ihn nicht zumutbar sei.

Die erstmals in der Berufungsinstanz erfolgte Darstellung der Klägerin, es sei nicht ersichtlich 73
gewesen, dass die Beklagte sich eines Dritten zur Erbringung der vertraglichen Leistungen habe bedienen wollen, sei schon deshalb unzutreffend, weil die Beklagte ausweislich des von der Klägerin als Anlage K 5 vorgelegten Angebotes in Ziffer 8 (s. Bl. 76) ausdrücklich erklärt habe, Leistungen an Unterauftragnehmer weiterzuleiten und insoweit auf eine „beigefügte ausführliche Übersicht“ verwiesen habe. Zudem habe die Beklagte erstinstanzlich, im Schriftsatz vom 28.07.2009, unwidersprochen vorgetragen, dass die Weitergabe der auszuführenden Arbeiten an Unterauftragnehmer der Klägerin bereits deshalb bekannt gewesen sei, weil sich bei Ausschreibungen wie der streitgegenständlichen generell Entsorgungsunternehmen um den Auftrag bewerben würden, nicht jedoch die Endabnehmer für das Altpapier, d.h. die Papierfabriken.

Zwar habe das Landgericht angesprochen, dass eine beachtliche Äquivalenzstörung im 74
grundsätzlichen Risikobereich eines Vertragspartners in Betracht komme, wenn der Risikobereich überschritten werde. Das Landgericht habe das aber nicht geprüft. Vorliegend habe der Marktpreis nicht geschwankt, sondern sei vollständig verfallen, teilweise sei er sogar negativ geworden.

Die Beklagte und die Streithelferin zu 1) beantragen, 75

76

das Urteil des Landgerichts Essen vom 09.09.2009 (42 O 28/09) abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, 77

die Berufung zurückzuweisen. 78

Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Der Umstand, dass die Klägerin einen Mindestpreis angesetzt habe, gebe der Beklagten nicht die Befugnis, gemäß § 313 BGB eine Preisanpassung zu fordern. 79

Die Beklagte trage als Bieterin in einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren das Risiko einer falschen Kalkulation. Mit ihrer Festpreiszusage habe die Beklagte das Risiko etwaiger Preisschwankungen übernommen. Dieses werde entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht aufgrund der Angabe eines Mindestpreises in den Vergabeunterlagen auf die Klägerin verlagert. 80

Die Erwartung einer Partei, gewinnbringende Geschäfte und nicht etwa Verlust zu mache, falle eindeutig in den Risikobereich dieser Vertragspartei. Durch den behaupteten Marktpreisverfall habe sich ein Risiko verwirklicht, dass die Klägerin übernommen habe und deshalb tragen müsse. Eine Vertragsanpassung komme selbst dann nicht in Betracht, wenn es sich nicht um übliche Preisschwankungen, sondern um außergewöhnliche Ereignisse handele. 81

Hinzu komme, dass nicht etwa der von der Klägerin verlangte Mindestpreis, sondern vielmehr der von der Beklagten kalkulierte Preis in Höhe von 118 Euro pro Tonne marktüblich gewesen sei. Das ergebe sich bereits daraus, dass die Beklagte unmittelbar nach Zuschlagserteilung mit der A GmbH eine sogar höhere Vergütung vereinbart habe. 82

Es sei in keiner Weise ersichtlich, dass die Beklagte durch Zahlung der vertraglich vereinbarten Vergütung in ihrer Existenz gefährdet sei. Denn die Beklagte mache – insoweit unstreitig - ihrerseits Ansprüche in mindestens gleicher Höhe gegen die Streithelferin zu 1) gerichtlich geltend. Außerdem habe die Beklagte – ebenfalls unstreitig - mit der Streithelferin zu 2) ausweislich des Handelsregistrauszugs am 07.11.2005 einen „Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag“ geschlossen. 83

Außerdem könne die von der Beklagten vorgetragene Bestandsgefährdung kein Argument dafür sein, dass zwingend eine Preisanpassung vorgenommen werden müsse. Andernfalls müsse jede Insolvenz oder Existenzgefährdung durch eine entsprechende Preisanpassung der Gläubiger abgewendet werden. Die Beklagte habe auch das Risiko wirtschaftlicher Schwierigkeiten ihrer Vertragspartnerin zu tragen. Das ergebe sich sogar ausdrücklich aus der Vereinbarung der Parteien. In Ziffer 2.5 der Besonderen Vertragsbedingungen des Vertrags vom 21.11.2007 sei – insoweit unstreitig – vereinbart, dass der Auftragnehmer in vollem Umfang für die Leistungen und die Tätigkeit des Subunternehmers hafte und den Auftraggeber insoweit von allen Ansprüchen Dritter freihalte. 84

Für die Klägerin sei nicht ersichtlich gewesen, dass die Beklagte sich eines Dritten zur Erbringung der vertraglichen Leistungen habe bedienen wollen. Die Erwartung der Beklagten, wirtschaftlich zu handeln, könne danach nicht Geschäftsgrundlage geworden, sondern sei eine einseitige Erwartung der Beklagten geblieben. 85

86

Die Vereinbarung sei auch nicht unbillig. Vielmehr müsse die Klägerin in der Lage sein, die zu erhebenden Abgaben verlässlich über einen bestimmten Zeitraum festlegen zu können. Die Beklagte habe den Risiken der Preisschwankungen dadurch begegnen können, dass sie – wie geschehen – mit ihren Abnehmern Festpreise vereinbart habe. Das Risiko, von ihren Vertragspartnern nicht die geschuldete Vergütung zu bekommen, könne sie jedoch nicht auf die Klägerin abwälzen. Beiden Parteien ermögliche ein Festpreis auch Rechtssicherheit und eine Grundlage für die Kalkulation unabhängig von üblichen Rohstoffschwankungen.

Ziff. 2.14 des Vertrages sei auch nicht nach §§ 307, 308 BGB unwirksam. Die angegriffene Klausel enthalte keine aufschiebende, sondern eine auflösende Bedingung. Außerdem wäre diese Regelung auch nicht unangemessen. Die Vertragsdauer von 2 Jahren stelle keine unangemessene Benachteiligung dar. 87

Darüber hinaus entgegnet die Klägerin auf den Schriftsatz der Streithelferin vom 21.05.2010 insbesondere, dass der Marktpreis jedenfalls für das streitgegenständliche Altpapier dem EUWID nicht ohne weiteres entnommen werden könne. Das könne wohl für das zwischen der Beklagten und der Streithelferin zu 1) vereinbarte Papier gelten, da es sich dabei tatsächlich um „1.02 Mischpapier lose“ handle. Das sei jedoch bei dem streitgegenständlichen Papier ausweislich der vertraglichen Vereinbarungen und der sich daraus ergebenden Bezeichnungen des Papiers nicht der Fall. Bei dem zwischen den Parteien vereinbarten Papier handle es sich um im Vergleich zum Mischpapier 1.02 höherwertiges, sog. Deinking-Papier. Aber selbst wenn man davon ausgehe, dass der Marktpreis auch für das streitgegenständliche Papier dem EUWID entnommen werden könne, so habe die Beklagte erst recht mögliche Preisschwankungen bei ihrer Kalkulation berücksichtigen können. Denn aus dem EUWID ergaben sich - insoweit unstreitig – im Laufe der Jahre zwischen 1995 und 2009 zahlreiche Preisschwankungen (siehe dazu Anlage K 39 (Bl.454 ff.) und Anlage K 40 (Bl. 525)). Die Klägerin ist insoweit der Ansicht, dass das Landgericht zutreffend von einem nur kurzzeitigen Preisverfall ausgegangen sei. Es komme nicht darauf an, ob der Marktpreis bei 80 Euro pro Tonne oder darüber gelegen habe. Die Beklagte habe selbst die Wahl gehabt, welchen Preis sie bieten wolle und habe auch 80 Euro pro Tonne anbieten können. 88

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Beteiligten, insbesondere die vorstehend ausdrücklich oder durch Bezugnahme auf die Blattzahlen der Akte genannten Anlagen, verwiesen. 89

II. 90

Die Berufung hat keinen Erfolg. 91

1. 92

Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zahlung von 1.227.234,90 € aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag über die Annahme / Verwertung von Altpapier vom 05.11.2007 / 21.11.2007 zu. 93

1.1 94

Zwischen den Parteien ist durch das Angebot der Klägerin vom 05.11.2007 und die Erteilung des Zuschlags vom 21.11.2007 ein Entsorgungsvertrag zustande gekommen, mit dem die Beklagte sich zur Annahme und Verwertung von Altpapier und zur Zahlung eines garantierten Vergütungssatzes von 118 €/t zzgl. der jeweils geltenden USt. verpflichtet hat. 95

Dieser Vertrag umfasst u.a. die mit der Klage geltend gemachten Lieferungen der Klägerin in dem Zeitraum von Januar bis April 2009.

Ziff. 2.14 der besonderen Vertragsbedingungen sieht eine Vertragsdauer vom 01.01.2008 bis zum 31.12.2008 vor sowie eine Verlängerung des Vertrages um ein weiteres Jahr bis zum 31.12.2009, sofern er nicht vom Auftraggeber bis zum 30.09.2009 gekündigt wird. Die Klägerin hat den Vertrag nicht gekündigt, so dass er sich grundsätzlich bis zum 31.12.2009 verlängert hat. 97

1.2 98

Die von den Beteiligten unstreitig als Allgemeine Geschäftsbedingung angesehen Klausel in Ziff. 2.14 über die Verlängerung der Vertragslaufzeit ist nicht gemäß §§ 307 ff. BGB unwirksam. 99

1.2.1 100

Entgegen der Ansicht der Beklagten und der Streithelferin zu 1) unterliegt Ziff. 2.14 der Besonderen Vertragsbedingungen nicht der Inhaltskontrolle nach §§ 308, 309 BGB. Die Beklagte ist Unternehmerin i.S.d. § 14 BGB, so dass die dort enthaltenen Klauselverbote gemäß § 310 I S.1 BGB ihr gegenüber keine Anwendung finden. § 307 BGB ist bei der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber einem Unternehmer alleinige Grundlage der Inhaltskontrolle (Palandt, 69. Aufl., § 310 BGB, Rn. 5, § 307 BGB, Rn. 39). 101

1.2.2 102

Die angegriffene Klausel ist aber auch nicht gemäß § 307 BGB unwirksam. Sie benachteiligt die Beklagte nicht unangemessen entgegen den Geboten von Treu und Glauben. 103

Die Klauselverbote nach §§ 308 und 309 BGB können zwar gemäß § 310 I S.2 BGB über § 307 BGB im Verkehr zwischen Unternehmern zu beachten sein, wobei auf die geltenden Gewohnheiten und Handelsbräuche Rücksicht zu nehmen ist (Palandt, a.a.O., § 307 BGB, Rn. 39). 104

1.2.2.1 105

Die Voraussetzungen des § 308 Nr. 1 BGB sind indes entgegen der Ansicht der Beklagten nicht erfüllt. Nach der vorgenannten Vorschrift ist eine Bestimmung, durch die sich der Verwender unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots vorbehält, unwirksam. Dieser Fall liegt nicht vor. 106

Die Streithelferin zu 1) führt zwar allgemein, unabhängig von dem vorliegenden Fall, rechtlich zum Vorliegen einer „Option“ zutreffend aus, dass das Optionsrecht das Recht ist, durch einseitige Erklärung einen Vertrag, insbesondere einen Kauf- oder Mietvertrag, zustande zu bringen. Das Optionsrecht ergibt sich in der Regel aus einem aufschiebend bedingten Vertrag, der durch die Optionserklärung unbedingt wird. Ein Optionsrecht liegt aber auch vor, wenn dem Berechtigten ein langfristig bindendes Vertragsangebot gemacht wird. Ob die ein oder andere Art des Optionsrechts oder ein davon grundsätzlich abzugrenzender Vorvertrag vorliegt, ist Auslegungsfrage (Palandt, 69. Aufl., Einf v § 145 BGB, Rn. 23 m.w.N.). 107

Gegenstand einer Bedingung kann dabei ein zukünftiges Ereignis jeder Art sein; es kann sogar das freie Belieben einer Partei zur Bedingung gemacht werden, sog. 108

Potestativbedingung. Ein Rechtsgeschäft mit einer derartigen Wollensbedingung wird aber nur ausnahmsweise, etwa bei einem Ankaufs- oder Wiederverkaufsrecht, anzunehmen sein. Bindet sich nur eine Partei, während sich die Gegenpartei ihre Entscheidung vorbehält, liegt i.d.R. ein Vertragsangebot mit verlängerter Bindungswirkung (Option) und nicht ein bedingter Vertrag vor (Palandt, 69. Aufl., Einf v § 158 BGB, Rn. 10).

Die Streithelferin zu 1) geht zutreffend von dem vorstehenden rechtlichen Ausgangspunkt aus. Sie geht indes unzutreffend davon aus, dass die streitgegenständliche Klausel so zu verstehen sei, dass der streitgegenständliche Vertrag bis zum 31.08.2008 befristet gewesen sei und die Klägerin die Option gehabt habe, den befristeten Vertrag durch das Unterlassen einer Kündigung bis zum 30.09.2008 zu verlängern. Insbesondere liegt der Sachverhalt entgegen der Ansicht der Streithelferin zu 1) hier nicht so, dass sich vorliegend nur eine Partei gebunden und sich die Gegenpartei ihre Entscheidung vorbehalten hat. 109

Vielmehr handelt es sich bei der streitgegenständlichen Klausel um eine von der (Verlängerungs-)Option zu unterscheidende Verlängerungsklausel. 110

Eine Verlängerungsoption liegt vor, wenn ein Vertragspartner berechtigt ist, durch einseitige Erklärung, das Vertragsverhältnis auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zu verlängern (Palandt, 69. Aufl., § 542 BGB, Rn. 10). Von diesem Verständnis geht auch die Streithelferin zu 1) mit ihrer Formulierung, dass dann, wenn sich nur eine Partei binde, während sich die Gegenpartei ihre Entscheidung vorbehalte, i.d.R. ein Vertragsangebot mit verlängerter Bindungswirkung (Option) und nicht ein bedingter Vertrag vorliege, aus. 111

Eine Verlängerungsklausel ist hingegen eine Vereinbarung, dass sich ein auf bestimmte Zeit abgeschlossener Vertrag auf bestimmte oder unbestimmte Zeit verlängert, wenn nicht ein Vertragsteil innerhalb einer bestimmten Frist vor Ablauf des Vertragsverhältnisses die weitere Fortsetzung ablehnt (Palandt, 69. Aufl., § 542 BGB, Rn. 10; BGH, WuM, 2008, 689-690, über juris, Rn. 2; WuM 2008, 430, über juris, Rn. 3; zur Abgrenzung s. auch: BGH, WM 2006, 1117-1119; Sonnenschein/Veit in Staudinger, Neubearbeitung 2005, § 581 BGB, Rn. 144, 146, 386 zum Pachtvertrag). 112

Danach liegt der Fall hier aber gerade nicht so, dass sich eine Partei gebunden und die andere sich ihre Entscheidung vorbehalten hat. Vielmehr handelt es sich um einen einheitlichen, bereits abgeschlossenen Vertrag, dessen Laufzeit sich verlängert. Dieser Vertrag kann nicht in einen bereits abgeschlossenen Vertrag mit einer Laufzeit bis zum 31.12.2008 und einen weiteren noch abzuschließenden bzw. aufschiebend bedingt abgeschlossenen Vertrag mit einer Laufzeit vom 31.12.2008 bis zum 31.12.2009 aufgeteilt werden. 113

Auch aus den übrigen, im Vertrag enthaltenen Formulierungen ergibt sich entgegen der Ansicht der Beklagten nichts anderes. Soweit sie geltend macht, es sei eine Liefermenge von 25.000 bis 35.000 t in 12 monatlich in etwa gleichen Lieferraten vereinbart, ist nicht ersichtlich, woraus sie diese Angabe entnimmt. Eine derartige Vereinbarung ergibt sich nicht aus dem Vertrag. Dass eine solche Vereinbarung außerhalb des schriftlich Vereinbarten getroffen worden sein soll, behauptet selbst die Streithelferin zu 1) nicht. Letztlich kommt es darauf aber auch nicht an. Es ist keine feste Liefermenge vereinbart worden. Die Angaben zur Liefermenge dienen nur dazu, das Volumen des Auftrags festzulegen. Wenn die Klägerin sich in ihren Ausschreibungsunterlagen mit den Mengenangaben nur auf eine Vertragsperiode bezogen haben sollte, so wäre dies möglicherweise ungenau. Es führt aber nicht zu der Auslegung, dass ein weiterer Vertrag künftig erst noch geschlossen werden soll. 114

Soweit die Klägerin in den Ausschreibungsunterlagen den Lieferzeitraum 01.01.2008 bis 31.12.2008 nennt, folgt stets die Verlängerungsklausel. Eine Ausnahme besteht nur für die auf den Briefumschlag zu schreibenden Angaben. Dort geht es aber nur um eine kurze Kennzeichnung, worauf sich das Angebot beziehen soll. Auch soweit die Klägerin in den Ausschreibungsangaben das Vorliegen einer Option bejaht und dazu die Verlängerungsklausel aufführt, führt dies weder für sich allein noch im Zusammenwirken mit den vorgenannten Angaben dazu, dass die Klausel im Sinne einer aufschiebenden Bedingung ausgelegt werden könnte. Die Angabe „Option“ ist ein unbestimmter Begriff und ergibt sich erkennbar aus dem vorgegebenen Text zur Veröffentlichung. Bei der Frage, wie die Klausel zu verstehen ist, kommt zudem der fälschlichen Bezeichnung angesichts des klaren Wortlauts und Inhalts der streitgegenständlichen Klausel selbst, keine entscheidende Bedeutung zu.

1.2.2.2

116

Darüber hinaus sind auch die Voraussetzungen des § 308 Nr. 3 BGB sind nicht erfüllt, auch wenn unter einem, grundsätzlich § 308 Nr. 3 BGB unterfallenden Lösungsrecht auch eine Klausel verstanden wird, die als auflösende Bedingung ausgestaltet ist (Palandt, 69. Aufl., § 308 BGB, Rn. 14). § 308 Nr. 3 BGB gilt indes nicht für Dauerschuldverhältnisse. Bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Abnahmevertrag handelt es sich aber um ein Dauerschuldverhältnis. Die Vertragsdauer ist bestimmt, nicht die abzunehmende Menge. Diese ist nur geschätzt. Entgegen der Ansicht der Beklagten handelt es sich nicht um einen Ratenliefervertrag über eine fest bestellte Liefermenge. Schwerpunkt des Vertrages ist auch nicht die Lieferung, sondern die Abnahme und Verwertung des Altpapiers. Selbst wenn es sich dabei um einen Rohstoff handelt, für den die Beklagte zahlen muss, so liegt der Schwerpunkt für die Klägerin darin, dass sie das Altpapier entsorgen muss. Die Streithelferin zu 1) weist in diesem Zusammenhang selbst geradezu zutreffend darauf hin, dass es sich dann um einen Bezugsvertrag als echtes Dauerschuldverhältnis handelt, wenn der Vertrag jedenfalls auf längere Zeit ohne Festlegung einer bestimmten Liefermenge abgeschlossen ist und sich die Leistungsmenge nach dem Bedarf des Abnehmers richtet. So liegt der Fall nach dem vorstehend Gesagten hier: Der vorliegende Vertrag ist auf längere Zeit abgeschlossen, eine feste Liefermenge ist nicht vereinbart und die Menge des von der Beklagten abzuholenden Altpapiers richtet sich dem nach Anfall und Bedarf bei der Klägerin (vgl. auch OLG Dresden, Urteil vom 21.02.2000, 7 U 2052/99, über juris).

117

1.2.2.3

118

Die streitgegenständliche Klausel stellt auch keine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar. Die Gewährung eines ordentlichen Kündigungsrechts nur für die Klägerin, nicht hingegen die Beklagte, weicht nicht so erheblich von dem gesetzlichen Leitbild des § 314 BGB ab, dass sie mit deren wesentlichen Grundgedanken nicht zu vereinbaren wäre. § 314 BGB sieht ein außerordentliches Kündigungsrecht für Dauerschuldverhältnisse vor. Wenn ein ordentliches Kündigungsrecht nicht eingeräumt wird, so berührt das den Regelungsbereich dieser Vorschrift nicht.

119

Daraus, dass nur der Klägerin, nicht aber der Beklagten, ein ordentliches Kündigungsrecht eingeräumt wird, ergibt sich auch keine unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 I BGB.

120

Entgegen der Ansicht der Beklagten geht es bei dem, der Klägerin eingeräumten Kündigungsrecht nicht nur um die Höhe der jeweiligen Marktpreise. Die Klägerin ist dazu verpflichtet, die Sammlung, den Transport, die Behandlung und Beseitigung der jeweils der

121

Entsorgungspflicht der Stadt K unterliegenden Abfälle unter Wahrung des Vorsorgeprinzips zu erbringen. Vor diesem Hintergrund verstößt die Einräumung eines einseitigen ordentlichen Kündigungsrechts nicht gegen Treu und Glauben. Vielmehr besteht für die Klägerin, sich nach einem Jahr von ihrer Vertragspartnerin zu lösen, unter Vorsorgegesichtspunkten ein sachlicher Grund, z.B. für den Fall, dass ihre Vertragspartnerin ihre Leistungen nicht zuverlässig erbringt.

Zwar beschränkt sich die Lösungsmöglichkeit darauf nicht und böte der Klägerin – worauf die Streithelferin zu 1) u.a. in ihrem Schriftsatz vom 13.07.2010 hinweist - grundsätzlich auch die Möglichkeit, sich vom Vertrag zu lösen, um bei schwankenden Marktpreisen reagieren zu können. Dieser Umstand führt aber auch nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung. Denn er muss in der Gesamtschau sämtlicher, insoweit zu berücksichtigender Gesichtspunkte gesehen werden. In diesem Zusammenhang ist vor allem die Ansicht der Streithelferin zu 1) nicht richtig, dass ein anderes (berechtigtes) Interesse der Klägerin als die bloße Preisspekulation weder vorgetragen noch sonst ersichtlich sei. Vielmehr ergibt sich aus der Gesamtschau des klägerischen Vortrags – insbesondere auch den, auf den vorliegenden Fall zu übertragenden Entscheidung der Vergabekammer Lüneburg vom 08.01.2010 (VgK – 74/2009 - Anlage K 36) unter Bezugnahme auf das Urteil des Landgerichts Zweibrücken vom 02.09.2009 (HK O 21/09 - Anlage K 37) – deutlich, dass sich die Klägerin auch darauf beruft, dass der Auftraggeber in der Lage sein muss, die von den Gebührenschnldnern zu erhebenden Abgaben verlässlich über einen bestimmten Zeitraum festlegen zu können. Das ist auch nachvollziehbar, da Mehrheitsgesellschafterin der Klägerin – gerichts,- wenn nicht allgemein bekannt – die Wgesellschaft mbH ist, die ihrerseits wiederum eine 100-prozentige Tochter der Stadt K ist. Der in diesem Zusammenhang von der Streithelferin zu 1) erhobene Einwand, dass die Klägerin unter Hinweis auf die Entscheidung der Vergabekammer Lüneburg selbst vortrage, dass Festpreisabreden und Kündigungsoptionen regelmäßig dazu führten, dass der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Ausschreibung einen geringeren Preis erziele als ohne diese Umstände, geht ebenfalls fehl. Vielmehr verdeutlicht das geradezu, dass es seitens der Klägerin ein übergeordnetes, nicht allein an einem günstigen Preis, mit dem man spekulieren will, orientiertes, sachliches Interesse gibt.

Es bleibt danach dabei, dass es sich bei der einseitigen Lösungsmöglichkeit nicht um eine unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 I BGB handelt.

Schließlich geht der Hinweis der Streithelferin zu 1) fehl, wonach die Klägerin nichts daran hindere, auch ihrer Vertragspartnerin ein entsprechend ausgestaltetes ordentliches Kündigungsrecht einzuräumen. Das ist für sich genommen sicher richtig. Die so bestehende Möglichkeit besagt indes nichts darüber aus, ob es sich dabei um eine unangemessene Benachteiligung handelt. Denn die diesbezügliche Frage stellt sich gerade erst, weil im Vertrag überhaupt ein einseitiges ordentliches Kündigungsrecht vereinbart wurde.

1.3

Letztlich kann die Frage der Wirksamkeit der o.g. Klausel auch dahinstehen. Denn selbst wenn annähme, dass die Klausel unwirksam wäre und ferner - mit der von der Streithelferin zu 1) so ausdrücklich vertretenen Ansicht - annähme, dass der Vertrag danach eigentlich zum 31.12.2008 beendet gewesen wäre, so ist dies vorliegend wegen der nachstehenden Besonderheiten des vorliegenden Falles – wie bereits im Senatstermin vom 08.06.2010 erörtert - gerade nicht der Fall. Vielmehr sind die Parteien - trotz der bestehenden Differenzen, ob die Beklagte verpflichtet ist, den ursprünglich vereinbarten Preis von 118 Euro pro Tonne zu zahlen oder diesbezüglich eine Vertragsanpassung zu erfolgen hat – jedenfalls übereingekommen, den Vertrag im Übrigen, gemäß dem bisher Vereinbarten, bis

zum 31.12.2009 fortzusetzen.

Das ergibt sich aus dem Inhalt der im Januar und Februar 2009 gewechselten Schreiben der Parteien. Insbesondere aus den zuletzt gewechselten Schreiben jeweils vom 29.01.2009, 02.02.2009 und auch nachfolgend aus dem anwaltlichen Schriftwechsel vom 04.02.2009 bzw. 05.02.2009 geht klar hervor, dass sich die Parteien jedenfalls darüber einig waren, dass die Klägerin der Beklagten das Altpapier im vertraglich vorgesehenen Umfang und an dem vereinbarten Umschlagplatz weiterhin „während des laufenden Vertragsverhältnisses“ (so ausdrücklich die Beklagte noch im letzten Schreiben vom 05.02.2009) fortlaufend bis zum 31.12.2009 zur Verfügung stellt, die Beklagte es dort abnimmt und der Klägerin dafür ein Entgelt zahlt. So ist es dann auch geschehen. 127

Danach kommt es vorliegend nicht darauf an, ob der Ansicht der Streithelferin zu 1) zu folgen ist, wonach in der Überlassung des Papiers auch im Jahr 2009 seitens der Klägerin und der Abholung und Verwertung durch die Beklagte nicht die Annahme eines Angebots der Klägerin zu sehen ist, den Vertrag insgesamt zu den bisher vereinbarten vertraglichen Konditionen, also auch zum Preis von 118 Euro pro Tonne, fortzusetzen. Jedenfalls soweit die Streithelferin zu 1) in ihrem Schriftsatz vom 13.07.2010 auf S. 5 ihre Ansicht, dass das Vertragsverhältnis gar nicht fortgesetzt worden, sondern trotz der fortgehenden Bereitstellung und Abnahme zum 31.12.2008 beendet worden sei, unter Hinweis darauf zu stützen sucht, dass sich aus dem Schreiben der Beklagten vom 05.02.2009 ergebe, dass diese der Fortsetzung zu den „vertraglichen Bedingungen“ widersprochen habe, so ist dies unzutreffend. Die Streithelferin zu 1) gibt nämlich den Inhalt des vorgenannten Schreibens der Beklagten nicht richtig wieder. Die Beklagte hat nicht grundsätzlich der Fortsetzung zu den „vertraglichen Bedingungen“ widersprochen, sondern dies ausdrücklich auf die Abrechnungsmodalitäten beschränkt. In dem vorgenannten Schreiben hat sie nämlich gerade klargestellt, dass sie zugesagt habe, die Altpapiermengen der Klägerin bis zum 31.12.2009 abzunehmen. Sie hat nachfolgend nur darauf hingewiesen, dass sie sich „zu den Abrechnungsmodalitäten während des laufenden Vertragsverhältnisses“ nicht verbindlich erklärt habe. 128

Beiden Parteien war auch nach dem Inhalt sämtlicher, vorgenannter Schreiben ersichtlich daran gelegen, die bisherige „Zusammenarbeit“ nicht in vertraglosem Zustand fortzusetzen. Denn in den Schreiben kommt der beiderseitige Wille, das Vertragsverhältnis trotz der bestehenden Differenzen in Bezug auf die Frage, welcher Preis geschuldet ist, fortzusetzen, klar zum Ausdruck. Die Beklagte hat dies zuletzt im Schreiben vom 05.02.2009 ausdrücklich so erklärt. Die Klägerin hat zwar anfangs mit einer Kündigung des Vertragsverhältnisses für den Fall gedroht, dass die Beklagte nicht vollumfänglich zur Fortsetzung des Vertragsverhältnisses einschließlich des vereinbarten Preises von 118 Euro pro Tonne bereit sei, hat diese Drohung aber später fallen lassen und schließlich im Schreiben vom 04.02.2009 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie das Papier weiterhin am vereinbarten Umschlagplatz zur Verfügung stellen werde. 129

Schließlich ist das Vertragsverhältnis so – wie es sich aus den letztgenannten Schreiben der Parteien ergibt – auch tatsächlich „gelebt“ und damit einverständlich fortgesetzt worden. Die Klägerin stellte das Papier im vertraglich vereinbarten Umfang am vereinbarten Umschlagplatz fortlaufend zur Verfügung, die Beklagte holte es ab und verwertete es, die Klägerin bestand auf einer Vergütung von 118 Euro pro Tonne und die Beklagte zahlte unter Vorbehalt einen geringeren Betrag, wobei sie ggfs. gerichtlich klären lassen wollte, zur Zahlung welchen Preises sie letztlich verpflichtet ist, ob nämlich zur Zahlung des im Vertrag vereinbarten oder eines den Altpapierpreiseinbrüchen Rechnung tragenden, niedrigeren 130

Preises.

Jedenfalls im Wege der Vertragsauslegung gemäß § 133, 157 BGB kann daher das Verhalten der Klägerin, der Beklagten auch nach den Schreiben vom 04.02. und 05.02.2009 das Papier zur Verwertung zu überlassen und das Verhalten der Beklagten, das Papier abzuholen und zu verwerten, vom jeweiligen objektiven Empfängerhorizont nicht anders verstanden werden, als dass das Vertragsverhältnis im Übrigen unter Aufrechterhaltung der wechselseitigen Rechtsstandpunkte in Bezug auf den geschuldeten, ggfs. gerichtlich – wie geschehen - zu klärenden Preis einvernehmlich fortgesetzt wurde. Eine deshalb etwaig fehlende Einigung über den im Jahr 2009 zu zahlenden Preis pro Tonne steht der Fortsetzung des Vertrages im vorliegenden Fall nicht entgegen, da selbst dann, wenn man das Schreiben der Beklagten vom 05.02.2009 als Ablehnung des im Schreiben der Klägerin vom 04.02.2009 enthaltenen Angebots bezogen auch auf den Preis von 118 Euro pro Tonne, verbunden mit dem neuen Angebot, den zu zahlenden Preis noch klären zu klären, ansähe, so hätte die Klägerin durch die auch diesbezüglich fortlaufende Bereitstellung des Papiers jedenfalls dieses Angebot angenommen. Die Möglichkeit die Bestimmung des Preises letztlich einem Dritten, hier ggfs. im Rahmen gerichtlicher Klärung, zu überlassen bzw. einer Partei das Recht vorzubehalten, die Angemessenheit des verlangten bzw. gezahlten Preises überprüfen zu lassen, ist anerkannt (vgl. Palandt, 69. Aufl., Einf v § 145 BGB, Rn. 3 m.w.N.).

Nicht anders stellt sich die Sachlage dann dar, wenn man im Falle der Unwirksamkeit der Klausel und der nach Ansicht der Streithelferin zu 1) danach eingetretenen Beendigung des Vertragsverhältnisses zum 31.12.2008 von Folgendem ausgeht: Aus den ohne anwaltliche Mitwirkung gewechselten Schreiben bis zum 02.02.2009 ergibt sich, dass die Parteien sich darüber einig waren, das Vertragsverhältnis über den 31.12.2008 hinaus insgesamt, also auch zu einem Preis von 118 Euro pro Tonne, fortzusetzen. Die Erklärung der Beklagten, dass sie jedenfalls die Abnahme des Altpapiers „bis zum Ende der Vertragslaufzeit“ verbindlich zusage, beinhaltet den ausdrücklich auch so erklärten Vorbehalt der Überprüfung, ob der vorgenannte Preis nicht (wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage) der Preisentwicklung auf dem Altpapiermarkt angepasst werden muss, so dass deshalb selbst die geleisteten Zahlungen unter Vorbehalt erfolgen.

An der so einmal zustande gekommenen Einigung könnten dem entgegen stehende Erklärungen in den nachfolgenden anwaltlichen Schreiben vom 04. und 05.02.2009 nicht mehr entgegen stehen.

1.4

Der Vertrag besteht unverändert fort. Die Beklagte kann nicht nach § 313 BGB die Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage verlangen.

Es kann dahinstehen, ob die Ansicht der Streithelferin zutreffend ist, wonach im vorliegenden Fall steigende Marktpreise für das „1.01 Mischpapier lose“ „zweifelsfrei“ gemeinsame Geschäftsgrundlage gewesen seien und sich dies zum einen daraus ergebe, dass die von der Klägerin verlangte Mindestgebühr von 80,00 €/t dem damaligen Marktpreis entsprochen habe und die Beklagte einen Preis von 118,00 €/t angeboten habe und zum anderen daraus, dass die Klägerin nicht bereit gewesen sei, sich sofort für 2 Jahre zu binden, weil sie damit gerechnet habe, dass der Marktpreis nach einem Jahr noch deutlich über 118,00 €/t steigen könne.

Die Frage, ob ein bestimmter Marktpreis oder steigende Preise Geschäftsgrundlage geworden seien, kann dahinstehen, da sich in einem solchen Fall zwar die Umstände, die zur

Geschäftsgrundlage geworden wären, nach Vertragsschluss, schwerwiegend bzw. wesentlich dadurch geändert hätten, dass der Preis für Altpapier im Herbst 2008 stark verfallen ist. Es wäre wohl auch davon auszugehen, dass die Parteien den Vertrag jedenfalls nicht oder nicht mit diesem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie die Änderung vorausgesehen hätten.

Das Festhalten am Vertrag ist der Beklagten aber unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, zuzumuten. Entsprechend den nachstehenden, in den grundlegenden rechtlichen Erwägungen vollumfänglich zutreffenden Ausführungen des OLG Düsseldorf in seinem Urteil vom 19.12.2008, I-23 U 48/08, = NJOZ 2009, 1064 ff, über juris, Rn. 38-42, ist unabhängig von den jeweiligen zu entscheidenden Fällen von Folgendem auszugehen:

1.4.1 139

Die Möglichkeit, eine Vertragspflicht unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls oder der Änderung der Geschäftsgrundlage an die veränderten Verhältnisse anzupassen, besteht nur unter ganz eng begrenzten Voraussetzungen. Der Grundsatz der Vertragstreue muss nur dann zurücktreten, wenn andernfalls ein untragbares, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbares Ergebnis nicht zu vermeiden wäre. § 313 BGB ist daher nicht anwendbar, wenn sich durch die Veränderung ein Risiko verwirklicht, das eine Partei zu tragen hat (BGH, Urteil vom 25.05.1977, VIII ZR 196, 75, WM 1977, 94). Wie die Risikosphären der Parteien gegeneinander abzugrenzen sind, ergibt sich aus dem Vertrag, dem Vertragszweck und dem anzuwendenden dispositiven Recht (BGH, Urteil vom 16.02.2000, XII ZR 279/97, NJW 2000, 1714). Der Sachleistungsschuldner trägt grundsätzlich das Risiko von Leistungerschwerungen (Palandt, 69. Auflage, § 313, Rn. 19/31 m.w.N.). Eine stillschweigende Risikoübernahme liegt in der Vereinbarung eines Festpreises (BGH, Urteil vom 06.04.1995, IX ZR 61/94, BGH 129, 236, 253). Der vereinbarte Festpreis bleibt grundsätzlich auch bei unerwarteten Kostenerhöhungen bindend (BGH, Urteil vom 28.09.1964, VII ZR 47/63, BB 1964, 1397; Urteil vom 20.03.1969, VII ZR 29/67, WM 1969, 1021; Urteil vom 08.03.1979, VII ZR 9/78, WM 1979, 582 ; OLG Hamburg, Urteil vom 28.12.2005, 14 U 124/05, BauR 2006, 680, Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen durch Beschluss des BGH vom 23.11.2006, VII ZR 55/06 mit Anm. Schliemann, IBR 2006, 1106). Die Festpreisabrede lässt sich als Preisgarantie deuten, die den Auftragnehmer verpflichtet, den Auftraggeber von über den Festpreis hinausgehenden Forderungen freizustellen (BGH, Urteil vom 23.09.1982, VII ZR 183/80, BGHZ 85, 39, Rn 22 a.E.). Steigende Selbstkosten können die Annahme einer Änderung der Geschäftsgrundlage insbesondere dann nicht begründen, wenn der Sachleistungsgläubiger die Steigerung der Selbstkosten hätte voraussehen können und er sich durch die Gestaltung der jeweiligen Verträge bewusst sein musste, ein großes Risiko durch Preissteigerungen während der Vertragszeit auf sich zu nehmen, und er insoweit Vorsorge hätte treffen können, d.h. er die Möglichkeit hatte, ein für ihn untragbares und unzumutbares Ergebnis zu vermeiden (BGH, Urteil vom 08.02.1978, VIII ZR 221/76, LM § 242 (Bb) Nr. 91 = WM 1978, 322; OLG München, a.a.O.; vgl. auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.06.1973, 22 U 176/72, MDR 1974, 489; vgl. auch Ingenstau/Korbion, VOB, 16. Aufl., § 15 VOB/A, Rn. 9 m.w.N. sowie § 2 Nr. 1 VOB/B, Rn. 54 m.w.N.; Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 2003, § 2 VOB/B, Rn 277 ff. m.w.N.). Dies gilt auch für den Fall, dass der Vertragspreis für den Sachleistungsschuldner nicht mehr kostendeckend ist, d.h. er im Falle der Durchführung des unveränderten Vertrages durch die Steigerung der Selbstkosten statt eines Gewinns nunmehr einen Verlust zu verkraften hat; dieser fällt allein in sein unternehmerisches Risiko (BGH, Urteil vom 25.05.1977, VIII ZR 196/75, WM 1977, 946) - (zu allem Vorstehenden: OLG Düsseldorf, NJOZ 2009, 1064 ff.). 140

Nach den vorstehenden Grundsätzen steht der Beklagten kein Anspruch auf Anpassung des Vertrages mit der Klägerin an die gesunkenen Altpapierpreise zu. 142

Dem Anpassungsverlangen steht im vorliegenden Fall entgegen, dass die Parteien einen von der Beklagten als Auftragnehmerin an die Klägerin zu zahlenden „garantierten Vergütungssatz für den gesamten Zeitraum“ von 118,-- €/t zzgl. der jeweils gültigen USt., also einen Festpreis, vereinbart haben. Gemäß Ziff. 2.11 der Besonderen Vertragsbedingungen soll für die Berechnung der Vergütung allein dieser Einheitspreis maßgeblich sein. Darin sollen sämtliche Leistungen, Nebenleistungen, Kosten und Nebenkosten enthalten sein. Dem Auftraggeber dürfen keine weiteren Kosten entstehen. Hiermit haben die Parteien eine eindeutige Risikoverteilung vorgenommen. In der Vereinbarung eines Festpreises liegt eine stillschweigende Übernahme des Risikos von Leistungerschwerungen durch Kostenveränderungen im Sinne einer Preisgarantie, die einen Anspruch des Auftragnehmers aus § 313 Abs. 1 BGB regelmäßig ausschließt. (OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. 12. 2008 – 23 U 48/08). Der vereinbarte Festpreis bleibt deshalb grundsätzlich bindend, auch bei unerwarteten Änderungen des Festpreises. 143

Dabei kann dahinstehen, ob bereits die Vereinbarung des Festpreises allein Ausdruck einer eindeutigen Risikoübernahme der Beklagten ist. Im vorliegenden Fall kommt nämlich hinzu, dass die im Geschäft erfahrene Beklagte mit erheblichen Preisschwankungen des Marktpreises für Altpapier rechnen musste, und zwar selbst bis hin zum in der Vergangenheit auch schon aufgetretenen Fall eines zeitweiligen vollständigen Preisverfalls (dazu nachstehend Weiteres). 144

Die Klägerin hat – entgegen, insbesondere der von der Streithelferin zu 1) vertretenen Ansicht - auch nicht gegen § 8 Nr. 1 III VOL/A verstoßen, wonach der Auftraggeber seinem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis zumuten darf. Die Beklagte geht in der Klageerwiderung selbst davon aus, dass ein ungewöhnliches Wagnis nur vorliegt, wenn dem Auftragnehmer Risiken aufgebürdet werden, die er nach der in dem jeweiligen Vertragstyp üblicherweise geltenden Risikoverteilung an sich nicht zu tragen hat. Die Vorschrift – so die Streithelferin zu 1) zutreffend - finde dementsprechend keine Anwendung auf solche Risiken, die vertragstypisch ohnehin den Auftragnehmer träfen, was namentlich für das Leistungs- und Erfüllungsrisiko gelte. Der Auftragnehmer trage vielmehr gerade das Risiko, seine vertraglichen Verpflichtungen über die gesamte Vertragslaufzeit zu dem vereinbarten Preis kostendeckend erbringen zu können. In den Risikobereich der Beklagten falle danach grundsätzlich, wenn Kosten bei einem unverändert bleibenden Leistungsgegenstand auf Grund veränderter Umstände steigen bzw. Markterlöse sinken würden, so dass sie ihre Vertragsleistungen mit einem erhöhten Kostenaufwand erbringen müsse. 145

Die Streithelferin zu 1) weist ferner zwar durchaus zutreffend darauf hin, dass es für die Frage eines ungewöhnlichen Wagnisses bzw. einer Risikoverteilung von Bedeutung ist, ob die Entwicklung der Preise im Voraus eingeschätzt werden kann. Daraus lässt sich vorliegend allerdings nichts zu Gunsten der Beklagten ableiten. Die Beklagte ist unstreitig ein im Bereich der Entsorgung tätiges Unternehmen mit langjähriger Branchenkenntnis, das Chancen und Risiken bei der Kalkulation von Preisen für Altpapiermengen gut beurteilen kann. 146

Im Senatstermin vom 08.06.2010 waren sich überdies alle Parteien angesichts der von der Klägerin als Anlage K 39, deren Inhalt als solches ebenso wie denjenigen der nachfolgenden Anlage K 40 niemand bestritten hat, vorgelegten Preisentwicklungsübersicht – wenn auch mit 147

kleinen, unwesentlichen Einschränkungen - einig, dass die Europäische Wirtschaftsgesellschaft für die Recyclingwirtschaft den Marktpreis für Papier ab Papiermühle bilden würde, die EUWID-Preise eine bestimmte Marktbewegung zeigten und man Schwankungen erkennen könne, auch wenn der EUWID-Preis kein Fixpreis sei.

Das bedeutet aber nichts anderes, als dass es der auf diesem Gebiet langjährig geschäftserfahrenen Beklagten unproblematisch möglich war, die Preisentwicklung der letzten Jahre nachzuvollziehen, so dass es nach obigen Ausführungen schon deshalb an der (einseitigen) Überbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses fehlt. 148

Schließlich folgt auch aus dem Umstand, dass die Klägerin in der Ausschreibung ein Mindestgebot von 80 Euro pro Tonne verlangt hat, nichts anderes. Denn der Begriff des ungewöhnlichen Wagnisses ist – wie oben ausgeführt - Ausdruck der Risikoverteilung. Vorliegend konnte die markterfahrene Beklagte allerdings ihr grundsätzliches, erhebliches Risiko großer bis sehr großer Preisschwankungen selbst absehen. Das gilt insbesondere auch für den sich in der Zusammenschau der Preisschwankungen der Vergangenheit und der hier vereinbarten Vertragslaufzeit ergebenden Umstand, dass sie durch Preiseinbrüche zunächst entstehende Verluste nicht würde kurzfristig auffangen können. Letztlich konnte und musste der Beklagten bewusst sein, dass sie mit der Festpreiszusage ein letztlich spekulatives Geschäft eingeht. Das ergibt sich ganz deutlich aus der aus den Anlagen K 39 und K 40 ersichtlichen Preisentwicklung. 149

Die Marktpreise für Altpapier waren in der Vergangenheit stark schwankend. Sie reichen von -10,23 € im November 1995, über -7,67 € im Februar 1997 und 0,00 € im Januar 1999 bis 145,72 € im Mai 1995, 109,93 € im Mai 2000, 102,50 € im Juni 2002 (jeweils Durchschnittswerte Mischpapier). Dabei sind die Preise häufig schnell hintereinander gefallen und gesunken, zum Beispiel: 150

Mai 1995	145,72 €	151
November 1995	- 10,23 €	
Januar 1996	28,12 €	
Januar 1999	0,00 €	
Mai 2000	109,93 €	
Januar 2001	30,68 €	
Juni 2002	102,50 €	
Juni 2003	47,50 €	
Oktober 2007	92,50 € €	
Dezember 2008	2,50 €	

Bei der Preisentwicklung kann zwar nicht übersehen werden, dass der im EUWID 152
abgebildete (Händler-)Preis (für Mischpapier 1.02, von dem die Streithelferin zu 1) ausgeht)
seit September 2002, also zum Zeitpunkt des Vertragsschluss seit ungefähr 5 Jahren, nur
geringen Schwankungen unterworfen war. Allerdings kommt es darauf nicht entscheidend an.
Die Beklagte hatte keinen Anlass, sich darauf zu verlassen. Das ergibt sich zum einen
daraus, dass in den 7 ½ Jahren zuvor ganz erhebliche Schwankungen zu verzeichnen waren
und niemals Kontinuität herrschte. Zum anderen betrug der Preis in dem vorgenannten 5-
Jahreszeitraum beispielsweise im April 2003 82,50 Euro während er sich davor und danach
jeweils monatelang auf einem Niveau um ca. 50 Euro bewegte. Schließlich kommt hinzu,
dass im Zeitraum von Februar 2002 bis Oktober 2002 eine Steigerung des Preises auf
einmalige 92,50 Euro im Oktober 2002 stattfand, nachdem der Preis seit April 2006 konstant
52,50 Euro betragen hatte. In der erforderlichen prognostischen Gesamtbetrachtung kann der
monatlich vom EUWID festgestellte Preis daher nur als insgesamt unsicher bezeichnet
werden.

Dabei sei aber nochmals betont, dass sich daraus gleichwohl kein ungewöhnliches Wagnis 153
ergibt, da dies per Definition gerade voraussetzt, dass die Entwicklung der Preise nicht vorab
eingeschätzt werden kann. Damit ist aber nicht gemeint, dass ein ungewöhnliches Wagnis
schon dann vorliegt, wenn die Preisentwicklung selbst unsicher ist, sondern nur, wenn der
Auftragnehmer keine Möglichkeit hat, eine Einschätzung zur Preisentwicklung abzugeben.
Gerade das hätte die markterfahrene Beklagte aber nach der EUWID-Tabelle können und zu
dem Ergebnis kommen können, dass der zukünftige Preis unsicher ist und sich überdies
praktisch sicher nicht auf dem Niveau von Oktober 2007, sondern eher darunter bewegen
würde. Wollte man das anders sehen, so stellte jeder Vertrag/jede Ausschreibung, jede
diesbezügliche Vorgabe seitens des Auftraggebers auf einem sich stark bewegenden Markt
ein ungewöhnliches Wagnis dar, so dass niemals Verträge auf der Grundlage des aktuellen
Marktpreises abgeschlossen bzw. Vorgaben für die Abgabe von Angeboten auf dem
aktuellen Marktpreisniveau gemacht werden könnten. In diesem Zusammenhang weist die
Vergabekammer Lüneburg in ihrer Entscheidung vom 08.01.2010 zutreffend darauf hin, dass
Voraussetzung für die Annahme eines ungewöhnlichen Wagnisses auch ist, dass der
Auftragnehmer keine Möglichkeit hat, das Wagnis z.B. bei der Kalkulation des Preises zu
berücksichtigen. Das hätte die Beklagte aber gerade können und sich beispielsweise nur auf
den von der Klägerin verlangten Mindestpreis einlassen dürfen.

Die Beklagte hat damit das Risiko der Änderung des Marktpreises während der 154
Vertragslaufzeit auf sich genommen. Sie hat sogar insoweit Vorsorge getroffen, als sie mit
ihrer Streithelferin einen Vertrag geschlossen hat, der an den hier zu beurteilenden Vertrag
angelehnt ist, eine höhere Vergütung vorsieht und eine identische Laufzeitklausel enthält.
Die geänderten Umstände, die sich auf die Klägerin auswirken, liegen damit nicht unmittelbar
in dem Verfall des Marktpreises für Altpapier, sondern letztlich darin, dass die Streithelferin
der Beklagten den mit ihr geschlossenen Vertrag nicht erfüllt. Das Risiko der Vertragsuntreue
und Insolvenz des von ihr für die Weitervermarktung gewählten Vertragspartners, ihrer
Streithelferin, hat allein die Beklagte zu tragen.

1.4.3 155

Die Klägerin hat keine besonderen Umstände dargelegt, aus denen sich eine Überschreitung 156
der Grenzen des übernommenen Risikos ergeben würde.

1.4.3.1	157
Aus der Tatsache, dass sie in ihren Ausschreibungsunterlagen einen Mindestpreis von 80 €/t zugrundegelegt hat, folgt auch unter Berücksichtigung von § 25 VOL/A nicht, dass sie damit das unternehmerische Risiko der Beklagten übernehmen wollte, dass deren Gebot für die Vertragslaufzeit auskömmlich bleibt und nicht unterschritten wird. Man kann daraus allenfalls schließen, dass die Klägerin diesen Mindestpreis im Zeitpunkt der Ausschreibung für auskömmlich gehalten hat, dass er also möglicherweise auch Geschäftsgrundlage geworden ist, worauf es aber nicht ankommt. Ansatzpunkte dafür, dass sie diesen Mindestpreis gewährleisten wollte, sind entgegen der Ausführungen der Beklagten und ihrer Streithelferin zu 1) nicht ersichtlich. Ziff. 2.9 und 2.11 der Besonderen Vertragsbedingungen ergeben vielmehr deutlich, dass die Klägerin das Preisrisiko gerade nicht übernehmen wollte. Kosten sollten ihr ausdrücklich gerade nicht entstehen. Mit Ziff. 1.2.3 der Besonderen Vertragsbedingungen wird es gerade dem Bieter auferlegt, sich über alle Bedingungen zu unterrichten, die für seine Preisermittlung bedeutsam sind. Auch aus Ziff. 2.9 der Besonderen Vertragsbedingungen ergibt sich nichts anderes: Diese Klausel sieht eine Preisanpassung ausschließlich für den Fall vor, dass auch die vertraglich geschuldeten Leistungen geändert werden. Sie sieht gerade keine Preisanpassung für den Fall vor, dass die geschuldeten Leistungen – wie im vorliegenden Fall – nicht geändert werden. Entgegen der Ansicht der Beklagten liegt in der Vereinbarung eines Festpreises für eine Laufzeit von insgesamt zwei Jahren auch nicht die Übertragung eines ungewöhnlichen Wagnisses (s.o.).	158
1.4.3.2	159
Die Frage, ob etwas anderes gelten würde, wenn das Festhalten am Vertrag für die Beklagte zu einer Existenzgefährdung führen würde, kann dahinstehen. Die Beklagte hat ihre Existenzgefährdung trotz hoher Verluste nicht dargelegt. Der von der Beklagten in dem Schriftsatz vom 28.07.2009 angestellte Vergleich zwischen Jahresumsatz und zu erwartendem Verlust ist nicht aussagekräftig. Daraus lässt sich eine Existenzgefährdung nicht entnehmen. Das hat bereits das Landgericht in seinem Urteil ausgeführt, ohne dass dagegen nachfolgend etwas konkret erinnert worden wäre.	160
Soweit die Beklagte sich auf Fallgruppen bezieht, in denen die Rechtsprechung die Vertragsanpassung bei drohender wirtschaftlicher Existenzvernichtung anerkannt habe, treffen diese überdies nicht die hier vorliegende Änderung der Marktpreise. Im dem zitierten Urteil des OLG Düsseldorf (NW-RR 1996, 1419) geht es beispielsweise um eine Vertragsanpassung aufgrund eines offensichtlichen Kalkulationsirrtum.	161
1.5	162
Die Klägerin hat ihre Leistungen ordnungsgemäß erbracht. Die zu vergütenden Liefermengen sowie die Berechnung der Restforderung stehen nicht im Streit.	163
2.	164
Die Klägerin hat auch Anspruch auf Zahlung von Zinsen in zuerkannter Höhe aus § 280, 286 BGB	165
3. Nebenentscheidungen	166
3.1 Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 97 I, 101 - letzter Halbsatz - ZPO.	167
	168

3.2 Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 S.1 ZPO.

3.3 Die Voraussetzungen, unter denen eine Revision zuzulassen ist (§ 543 II S.1 ZPO) liegen 169 nicht vor. Das gilt insbesondere in Bezug auf die Frage der Wirksamkeit der streitgegenständlichen Verlängerungsklausel, da es darauf wegen der dargestellten Besonderheiten des vorliegenden Falles ohnehin nicht entscheidend ankommt. Die Rechtsfrage, unter welchen grundsätzlichen Voraussetzungen, der Wegfall einer Geschäftsgrundlage in Betracht kommt, ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, der der Senat gefolgt ist, geklärt.