# Oberlandesgericht Hamm, I-2 U 104/11

| | |
|---|---|
| **Datum:** | 09.01.2012 |
| **Gericht:** | Oberlandesgericht Hamm |
| **Spruchkörper:** | 2. Zivilsenat |
| **Entscheidungsart:** | Urteil |
| **Aktenzeichen:** | I-2 U 104/11 |
| **ECLI:** | ECLI:DE:OLGHAM:2012:0109.I2U104.11.00 |

| | |
|---|---|
| **Vorinstanz:** | Landgericht Bochum, 14 O 147/10 |

**Tenor:**

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 31.03.2011 verkündete Urteil der 14. Zivilkammer – Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Bochum abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Der Klägerin werden die Kosten des Rechtsstreits auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe: 1

I. 2

Die Klägerin betreibt in I eine Müllverbrennungsanlage, die über zwei Verbrennungslinien für Gewerbeabfälle verfügt und Anfang 2009 – finanziert durch die Landesbank Y - in Betrieb 3

genommen wurde.

Die Klägerin gehört zur AGR Unternehmensgruppe, die seit Beginn der 80`iger Jahre die Müllverbrennungsanlage I2 in I unterhält. Nachdem die AGR die Genehmigung für den Bau der I erhalten hatte, plante sie zunächst mit diversen mittelständischen Abfallentsorgungsunternehmen unter Beteiligung ihrer Vertriebsgesellschaft die Gründung einer GmbH, die ihrerseits verpflichtet sein sollte, an die spätere Betreiberin der I eine bestimmte Abfallmindestmenge pro Jahr zu liefern. In diesem Zusammenhang nahm die AGR auch Kontakt zu der Beklagten auf und übermittelte dieser als potentieller Gesellschafterin der zu gründenden GmbH nach diversen Verhandlungen den Entwurf eines Anlieferungsvertrages, der die Verpflichtung der GmbH zur Bereitstellung einer jährlichen Abfallmindestmenge sowie im Falle der Nichtlieferung die Zahlung eines entsprechenden Entgeltes vorsah. Das angedachte Kooperationsmodell der AGR gelangte in der Folge jedoch nicht zur Durchführung. Stattdessen wandte sich 2005 die neu gegründete Klägerin an die Beklagte und bot dieser im Hinblick auf das Projekt I zu geänderten Bedingungen – weder ein Zusammenschluss der Entsorger und Anlieferer zu einer GmbH noch eine Beteiligung der AGR oder deren Vertriebsgesellschaft an selbiger war letztlich mehr vorgesehen – eine langfristige Zusammenarbeit an. Da die Beklagte Interesse signalisierte, übermittelte die Klägerin dieser am 02.09.2005 den Entwurf eines Anlieferungsvertrages, der bei einer Laufzeit von 17 Jahren u.a. folgende Regelung zur Anlieferung von Abfällen durch die Beklagte vorsah: 4

"1. FIRMA verpflichtet sich, eine Gesamtmenge von xx.xxx Mg/a Abfälle, die den in der Anlage 1 aufgeführten Spezifikationen entsprechen, zur Entsorgung frei im I anzuliefern oder anliefern zu lassen. 5

2. Quartalsweise hat FIRMA xx.xxx Mg an Abfällen anzuliefern. 6

Für den Fall, dass FIRMA diese Menge nicht anliefern kann oder mehr anliefern könnte, wird folgendes vereinbart: 7

a) Minderanlieferungen: 8

Stellt FIRMA fest, dass sie die vereinbarte Quartalsmenge von xx.xxx Mg voraussichtlich nicht wird anliefern können, unterrichtet sie unverzüglich, jedoch spätestens bis zum 25. des ersten Monats des Quartals, die AGR. 9

Minderanlieferungen bis 5 % in einem Quartal können innerhalb des ersten Monats des folgenden Quartals nachgeholt werden; dies gilt nicht für das letzte Quartal eines Jahres. 10

b) Mehranlieferungen: 11

Stellt FIRMA fest, dass sie voraussichtlich mehr als die vereinbarte Quartalsmenge von xx.xxx Mg wird anliefern können, unterrichtet sie unverzüglich die AGR. AGR wird ihrerseits FIRMA unverzüglich mitteilen, ob und in welchem Umfang und zu welchen Konditionen Mehranlieferungen möglich sind. 12

c) Mengenabweichungen von +/- 5 % im Quartal bedürfen keiner vorherigen Mitteilung an die AGR. 13

3. Hat FIRMA die vereinbarte Quartalsmenge nicht angeliefert und ist auch kein Ausgleich durch entsprechende Mehrlieferungen im ersten Monat des folgenden Quartals erfolgt, hat FIRMA das Entgelt für die volle vereinbarte Menge zu zahlen (bring-or-pay-Verpflichtung). 14

4 Die Anlieferung der Abfälle erfolgt nach einem von der AGR aufgestellten Anlieferungsplan……..AGR ist auch im Falle eines unvorhergesehenen Ausfalls von Verbrennungslinien verpflichtet, die vereinbarte Quartalsmenge von xx.xxx Mg abzunehmen. Dies gilt nicht, wenn sich AGR und FIRMA darüber einig werden, dass FIRMA in einem festzulegenden Zeitraum geringere Abfallmengen anliefert; in diesem Fall reduziert sich die Anlieferungsverpflichtung und die Zahlungsverpflichtung der FIRMA entsprechend." 15

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlage K 36 verwiesen. 16

Nachdem die Beklagte unter dem 13.09.2005 (Anlage K 37) nicht nur die im Entwurf vorgesehene Laufzeit beanstandet, sondern auch angeregt hatte, "§ 2 Ziffer 3 letzter Satz a.F. wieder aufzunehmen, um dem sinnvollen Gedanken Rechnung zu tragen, dass kein Ausgleich erfolgt, soweit und sofern AGR nachweisbar keinen Schaden erlitten hatte", leitete die Klägerin der Beklagten eine überarbeitete Vertragsfassung (Anlage K 38) zu, die eine Laufzeit von 10 Jahren mit Verlängerungsoption von 5 Jahren enthielt, bzgl. der Regelung in § 2 aber die von der Beklagten gewünschte Änderung nicht aufnahm. 17

Nach weiteren Gesprächen unterzeichneten die Parteien schließlich am 12.04./03.05.2006 einen Anlieferungsvertrag, mit dem die Beklagte sich verpflichtete, jährlich eine Gesamtmenge von 20.000 Mg Abfällen bestimmter Spezifikationen zur Entsorgung frei im I anzuliefern oder anliefern zu lassen, und zwar in Mengen von 5.000 Mg pro Quartal. 18

Der Vertrag, der in Ablichtung als Anlage K 1 (Bl. 13 ff d.A.) vorgelegt worden ist und auf den hiermit Bezug genommen wird, enthält u.a. folgende Regelungen: 19

"§ 1 Vertragsgegenstand 20

1. Gegenstand dieses Vertrages ist die Anlieferung von Abfällen zur 3. und 4. Verbrennungslinie des I2 in I (I) oder einer anderen der I GmbH zur Verfügung stehenden Müllverbrennungsanlage durch U2. 21

2. Die Anforderungen der von U2 anzuliefernden Abfälle hinsichtlich ihrer Art und Eigenschaften sind in der Anlage 1 dieses Vertrages festgelegt; die Anlage 1 ist Bestandteil dieses Vertrages……..einer Vereinbarung bedarf es nicht, wenn sich die Spezifikationen der anzuliefernden Abfälle aufgrund gesetzlicher Änderungen oder behördlicher Anordnungen ändern … 22

§ 2 Verpflichtung der U2 zur Anlieferung von Abfällen 23

1. U2 verpflichtet sich, eine Gesamtmenge von 20.000 Mg/a Abfälle, die den in der Anlage 1 aufgeführten Spezifikationen entsprechen, zur Entsorgung frei im I anzuliefern oder anliefern zu lassen. 24

2. Quartalsweise hat U2 5.000 Mg an Abfällen anzuliefern. 25

Für den Fall, dass U2 diese Menge nicht anliefern kann oder mehr anliefern könnte, wird folgendes vereinbart: 26

a) Minderanlieferungen: Stellt U2 fest, dass sie die vereinbarte Quartalsmenge von 5.000 Mg voraussichtlich nicht wird anliefern können, unterrichtet sie unverzüglich, jedoch spätestens bis zum 25. des ersten Monats des Quartals, die I GmbH. 27

28

Minderanlieferungen bis 5 % in einem Quartal können innerhalb des ersten Monats des folgenden Quartals nachgeholt werden; dies gilt nicht für das letzte Quartal eines Jahres.

b) Mehranlieferungen: Stellt U2 fest, dass sie voraussichtlich mehr als die vereinbarte Quartalsmenge von 5.000 Mg wird anliefern können, unterrichtet sie unverzüglich die I GmbH. I GmbH wird ihrerseits U2 unverzüglich mitteilen, ob und in welchem Umfang und zu welchen Konditionen Mehranlieferungen möglich sind. 29

c) Mengenabweichungen von +/- 5 % im Quartal bedürfen keiner vorherigen Mitteilung an die I GmbH. 30

3. Hat die U2 die vereinbarte Quartalsmenge nicht angeliefert und ist auch kein Ausgleich durch entsprechende Mehrlieferungen im ersten Monat des folgenden Quartals erfolgt, hat U2 das Entgelt für die volle vereinbarte Menge zu zahlen (bring-or-pay-Verpflichtung). 31

4 Die Anlieferung der Abfälle erfolgt nach einem von der I GmbH aufgestellten Anlieferungsplan……..I GmbH ist auch im Falle eines unvorhergesehenen Ausfalls von Verbrennungslinien verpflichtet, die vereinbarte Quartalsmenge von 5.000 Mg abzunehmen. Dies gilt nicht, wenn sich I GmbH und U2 darüber einig werden, dass U2 in einem festzulegenden Zeitraum geringere Abfallmengen anliefert; in diesem Fall reduziert sich die Anlieferungsverpflichtung und die Zahlungsverpflichtung der U2 entsprechend 32

§ 3 Verpflichtung der I GmbH zur Annahme der angelieferten Abfälle, Voraussetzungen der Annahme 33

1. I GmbH verpflichtet sich, die von U2 angelieferten Mengen an Abfällen, die den in der Anlage 1 festgelegten Spezifikationen entsprechen, in dem in § 2 festgelegten Umfang zur Verbrennung anzunehmen. 34

2……Falls das I außerplanmäßig nicht zur Verfügung steht, nimmt die I GmbH eine ordnungsgemäße Zwischenlagerung der angelieferten Abfälle vor oder entsorgt die Abfälle in anderen Entsorgungsanlagen..... 35

3. I GmbH stellt für die Anlieferung der Abfälle einen Anlieferungsplan (Dispositionsplan) auf..... 36

4. I GmbH ist berechtigt, die Annahme von Abfällen abzulehnen, die nicht den Spezifikationen der Anlage 1 entsprechen oder außerhalb des Anlieferungsplans oder ohne vorherige Einverständniserklärung der I GmbH angeliefert werden. U2 ist verpflichtet, die abgelehnten Abfälle zurückzunehmen und auf eigene Kosten abzutransportieren. Eine Nachlieferung abgelehnter Mengen ist nur unter Einhaltung der Vorgaben des § 2 Absatz 2 möglich. 37

§ 4 Regelungen über die Art und Weise der Abnahme der Abfälle 38

1. I GmbH ist berechtigt, die angelieferten Abfälle vor dem Entladevorgang darauf hin zu untersuchen, ob sie den in der Anlage 1 festgelegten Spezifikationen entsprechen. 39

2. Die Menge der angelieferten Abfälle wird bei Anlieferung auf einer geeichten Fahrzeugwaage in der Entsorgungsanlage festgestellt. 40

….. 41

§ 5 Entgelte, Abrechnung, Sicherheitsleistung 42

1. U2 zahlt der I GmbH für die Annahme und Beseitigung und/oder Verwertung der Abfälle folgende Entgelte: 43

Preisgruppe 1 (Basisabfall gemäß Anlage 1): 126 € je Mg 44

Preisgruppe 2 (gemäß Anlage 1.1.; Anlage 1.1. ist Bestandteil dieses Vertrages): 158 € je Mg 45

Preisgruppe 3 (gering belastete Gewerbeabfälle gemäß Anlage 1.1): 189 € je Mg 46

Die vorgenannten Entgelte sind Netto-Preise. Die jeweils geltende Umsatzsteuer ist hinzuzurechnen. ..... 47

3. I GmbH rechnet die angenommenen bzw. anzuliefernden Abfälle im 10-Tages-Rhythmus ab. U2 hat die Rechnungen innerhalb von 20 Arbeitstagen nach Erhalt ohne Abzug zu zahlen. 48

…. 49

§ 8 Eintrittsrecht der Landesbank Y 50

U2 ist bewusst, dass die I GmbH zur Finanzierung der Anlage Verträge mit Finanzinstituten zu schließen beabsichtigt bzw. geschlossen hat. Die Parteien vereinbaren hiermit im Wege eines echten Vertrages zugunsten Dritter, dass der Landesbank Y oder einem von ihr benannten Dritten (der "Berechtigte"), der über die erforderliche Eignung und Zuverlässigkeit zur Erfüllung der vertraglichen Pflichten der I GmbH verfügen muss, bei Eintritt eines Sicherungsfalls ein Eintrittsrecht auf Seiten der I GmbH zusteht .... 51

§ 10 Vertragsbeginn, Dauer, Kündigung 52

1. Dieser Vertrag tritt mit Vertragsunterzeichnung in Kraft. 53

Die Anlieferungsverpflichtung gem. § 2 und die Zahlungsverpflichtung gem. § 2 Abs. 3 (bring-or-pay-Verpflichtung) von U2 und die Annahmeverpflichtung der I GmbH gemäß § 3 gelten jedoch erst an 01.01.2009. 54

2. Der Vertrag wird mit einer Laufzeit von 10 Jahren abgeschlossen, gerechnet vom Beginn der Anlieferungsverpflichtung gem. § 10 Abs. 1 an. Er verlängert sich um weitere fünf Jahre, sofern er nicht von einer der Vertragsparteien mit einer Frist von 2 Jahren vor Auslaufen des Vertrages gekündigt wird 55

....." 56

Bereits kurz nach Beginn der zum 01.01.2009 einsetzenden Anlieferungspflicht der Beklagten kam es zu ersten Problemen zwischen den Parteien. 57

So wies die Klägerin mit Schreiben vom 06.03.2009 (Anlage K 28 / Bl. 378 ff d.A.) nicht nur darauf hin, dass die Beklagte voraussichtlich im laufenden Quartal ihrer vertraglichen Anlieferungspflicht kaum nachkommen werde und daher das Entgelt für die volle vereinbarte Menge zu zahlen habe, sondern monierte zudem unberechtigte Rechnungskürzungen und eine nicht vertragsgemäße Qualität der angelieferten Abfälle. Als Ergebnis eines daraufhin am 23.04.2009 erfolgten Gespräches der Parteien hielt die Klägerin schließlich fest, dass "einige Grundbedingungen für die Weiterführung der Zusammenarbeit geklärt werden konnten, wobei einer Grundbedingung, nämlich der Zurücknahme des Schreibens vom 58

06.03.2009, unter der Bedingung zugestimmt werde, dass der beigefügte 1. Änderungsvertrag zu den Anlieferungsverträgen vom 12.04./03.05.2006 und vom 20.12.2007 (Stand 28.04.2008) wirksam zustande komme". Der dem entsprechenden Schreiben beigefügte Entwurf eines 1. Änderungsvertrages, der als Anlage K 29 überreicht wurde und auf den hiermit verwiesen wird, sieht eine Reduzierung des in Preisgruppe 1 zu zahlenden Entgelts auf 98,50 € je Mg für 2009 vor, hält für 2010 – vorbehaltlich einer Anpassung entsprechend der Preisgleitklausel - an den Preisregelungen der bestehenden Verträge fest und geht auch im übrigen von einer Fortgeltung der Regelungen des Anlieferungsvertrages aus.

Die Beklagte ergänzte diesen Entwurf am 06.05.2009 (Anlage K 30) um einen Passus, nach dem es für Minderlieferungen im I. und II. Quartal 2009 weder eine Nachlieferungs/Ausgleichsmöglichkeit und –pflicht noch eine Vergütungspflicht der Beklagten geben sollte. 59

Nachdem die Klägerin – wie sie selbst im Rahmen ihrer Berufungserwiderung hervorhebt (Bl. 509 d.A.) – deutlich gemacht hatte, dass für ein von der Beklagten gewünschtes ersatzloses Entfallen der Lieferpflicht sowie der Zahlungsverpflichtung für Mindermengen kein Raum sei, schlug die Beklagte unter dem 23.06.2009 folgende Änderung des 1. Änderungsvertrages (Anlage K 31) vor: 60

"....2. In Abweichung von den Festlegungen in § 2 des Vertrages vom 12.04./03.05.2006 ist die U2 berechtigt und verpflichtet, die in Bezug auf den vorgenannten Vertrag im I. und II. Quartal 2009 entstandenen Mindermengen in Abstimmung mit der I GmbH bis zum 31.12.2009 auszugleichen. Sollte der Ausgleich der im I. und II. Quartal 2009 entstandenen Mindermengen nicht bis zum 31.12.2009 erfolgt sein, hat die U2 das Entgelt für die fehlenden Abfallmengen zu zahlen (bring-or-pay-Verpflichtung)...". 61

Im Rahmen der weiteren Gesprächen und Verhandlungen der Parteien wurde diese Regelung fortgeschrieben. 62

Am 13.11.2009 unterzeichneten die Parteien schließlich folgende, als "1. Änderungsvertrag zum Vertrag vom 12.04./03.05.2006" überschriebene Vereinbarung: 63

"1. 64

a) In Abweichung von den in § 5 Abs. 1 des Vertrages vom 12.04./03.05.2006 getroffenen Preisvereinbarungen zahlt der Kunde ab dem 01.01.2009 bis zum 31.12.2009 für die Annahme und Entsorgung der von ihm anzuliefernden Abfälle der Preisgruppe 1 (Basisabfall gemäß Anlage 1) ein Entgelt in Höhe von 98,50 € je Mg zuzüglich der jeweils geltenden Umsatzsteuer. 65

…. 66

c) Der Kunde hat das Recht, die Minderanlieferungen aus dem I und II. Quartal 2009 in Abweichung von der Vereinbarung in § 2 Nr. 2 a S. 2 des Anlieferungsvertrages vom 12.04./03.05.2006 bis zum 30.06.2010 in Abstimmung mit der I GmbH (wie in § 3 Nr. 5 und 6 des Anlieferungsvertrages) auszugleichen, Hat der Kunde die Minderanlieferungen aus dem I. und II. Quartal nicht bis zum 30.06.2010 ausgeglichen, hat er das in Ziffer 1 vereinbarte Entgelt für die Mindermengen zu zahlen (bring-or-pay-Verpflichtung). 67

68

d) Zwischen den Vertragspartner besteht Einigkeit, dass die in der vorliegenden Vereinbarung getroffene Preisvereinbarung alle übrigen Regelungen des § 5 des Vertrages vom 12.04./03.05.2006, insbesondere die Entgeltvereinbarungen zu den Abfällen der Preisgruppe 2 und 3 sowie die Regelungen des § 5 Abs. 2 Satz 1 und des § 11 Abs. 1 unberührt lässt.

….. 69

2. Alle übrigen Vereinbarungen des Vertrages vom 12.04./03.05.2006 bleiben unberührt." 70

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlage K 2 ( Bl. 20 f d.A.) Bezug genommen. 71

Parallel zu den auf den Abschluss des 1. Änderungsvertrages gerichteten Gesprächen der Parteien kam es im September und Oktober 2009 zu einer Reklamation angelieferter Abfälle durch die Klägerin und Zurückweisung von Abfallmaterial des Erzeugers U. Entsprechend ihren e-mails vom 10.09. und 08.10.2009 (Anlagen K 12 – 14 / Bl. 152, 158 ff, 164 d.A.) und einer Gesprächsmemo vom 07.10.2009 (Anlage K 14 / Bl. 165 d.A.) beanstandete die Klägerin insoweit gegenüber der Beklagten, dass es während des Entladevorgangs zu einer starken Staubbildung komme, die den Betriebsablauf beeinträchtige und die Sicherheit von Mitarbeitern und Kunden gefährde. Darüber hinaus sei der vertraglich vereinbarte Heizwert gemäß Anlage 1 zum Anlieferungsvertrag (Anlage B 3 / Bl. 109 d.A.) von 8.000 – 14.000 kJ/kg nicht eingehalten. 72

Unter Berufung auf eine vermeintliche Überschreitung des Heizwertes wies die Klägerin neben den beiden vorgenannten Lieferungen vom 10.09.09 und 07.10.09 auch eine am 23.09.2009 erfolgte Lieferung von 27 t Standardabfall zurück. 73

Am 15.07.2010 (Anlage K 5 / Bl. 65 d.A.) nahm die Klägerin eine Nachberechnung vor und stellte der Beklagten für Fehlmengen 2009 – 6.056,58 t zu je 98,50 € - einen Betrag von 709.922,02 € brutto in Rechnung. 74

Trotz Mahnung der Klägerin vom 18.08.2010 erfolgten seitens der Beklagten, die unter dem 13.08.2010 erklärte, sowohl den Anlieferungsvertrag vom 12.04./03.05.06 als auch den Änderungsvertrag vom 13.11.09 aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung zu kündigen, in der Folge keinerlei Zahlungen auf diese Rechnung. 75

Im vorliegenden Rechtsstreit nimmt die Klägerin die Beklagte auf Ausgleich der Rechnung vom 15.07.2010 in Anspruch und macht geltend, die Beklagte sei ihr aufgrund der vertraglichen Regelungen und der zwischen den Parteien vereinbarten "bring-or-pay-Klausel" zur Bezahlung der nicht gelieferten Abfallmindermengen verpflichtet. 76

Sie hat erstinstanzlich beantragt, 77

> die Beklagte zu verurteilen, an sie 709.922,02 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 17.08.2010 zu zahlen. 78

Die Beklagte hat beantragt, 79

> die Klage abzuweisen. 80

Sie ist ihrer Inanspruchnahme entgegengetreten. 81

82

Nach Ansicht der Beklagten kann die Klägerin eine Zahlungsverpflichtung der Beklagten nicht aus der vereinbarten "bring-or-pay-Klausel" ableiten. Denn bei dieser Klausel handele es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung der Klägerin, die sich gleichlautend in sämtlichen von der Klägerin mit anderen Entsorgern geschlossenen Anlieferungsverträgen finde, nicht frei ausgehandelt worden sei und die, da die Beklagte durch sie – ungeachtet dessen, ob man die Klausel als pauschalierten Schadensersatz iSd § 309 Nr. 5 BGB, als Vertragsstrafe iSd § 309 Nr. 6 oder als eigenständige Klausel ansehe - unangemessen benachteiligt werde, unwirksam sei. So verstoße die Klausel nicht nur gegen das schadensrechtliche Bereicherungsverbot, enthalte eine nicht nur geringfügige Überschreitung des Durchschnittsschadens und statuiere eine außer Verhältnis zum Vertragsverstoß und dessen Folgen für den Vertragspartner stehende Vertragsstrafe, sondern führe letztlich sogar zu einer "doppelten" Begünstigung der Klägerin, da diese für die "Nichtlieferung" in voller Höhe Vergütung beanspruchen und zugleich die mit den Mindermengen verbundenen, frei werdenden Kapazitäten anderweitig nutzen und sich von Drittanlieferern bezahlen lassen könne. Nehme man die branchenunübliche lange Laufzeit des Vertrages, die ihrerseits, da ein Rückgriff auf Amortisations-/Investitionsgesichtspunkte nicht in Betracht komme, ebenfalls unbillig und unwirksam sei, und den in § 11 Abs. 1 enthaltenen Ausschluss einer Preisanpassungsmöglichkeit hinzu, so werde die mit der Klausel verbundene Benachteiligung der Beklagten besonders deutlich.

Dessen ungeachtet habe die Klägerin bei ihrer Abrechnung von der Beklagten tatsächlich erbrachte Lieferungen unberücksichtigt gelassen: 83

So seien die Teillieferungen von Abfallmaterial der Firma U vom 10.09. und 07.10.2009 zu Unrecht zurückgewiesen worden, weil angeblich der Abfall nicht den vertraglich geforderten Spezifikationen entsprochen habe. Die Anlage 1 zum Vertrag, die die Abfallqualitäten regle, enthalte keinen Ausschluss für staubförmiges Material. Dies beruhe u.a. darauf, dass die Anlage der Klägerin über geschlossene Bunkertüren verfüge, so dass auch staubige Abfälle gefahrlos entsorgt werden könnten. Soweit die Klägerin schließlich einen zu hohen Heizwert moniert habe, werde durch den Prüfbericht des M-Instituts vom 14.10.2009 (Anlage B 4 / Bl. 257 f d.A.) belegt, dass dieser bezüglich des Materials der Firma U eingehalten sei. Hinsichtlich der Lieferung vom 23.09.2009 sei telefonisch mit der Klägerin abgesprochen gewesen, dass die Beklagte Abfall mit einem leicht erhöhten Heizwert von 16.000 kJ/kg habe anliefern dürfen. Neben diesen drei Lieferungen habe die Klägerin weitere sechs Lieferungen entsprechend der im Schriftsatz vom 25.10.2010 enthaltenen Aufstellung (Bl. 99 ff d.A.) zu Unrecht abgelehnt, indem sie beispielsweise einen erhöhten Ammoniakgehalt behauptet habe. Aufgrund ihrer ungerechtfertigten Zurückweisungen habe die Klägerin letztlich Anlieferungen allein von Abfallmaterial der Firma U in einer Größenordnung von 20.000 t im Jahr 2009 vereitelt. 84

Letztlich komme eine Zahlungsverpflichtung der Beklagten auch deshalb nicht in Betracht, weil die Klägerin gegen ihre Leistungstreuepflicht verstoßen und sich schadensersatzpflichtig gemacht habe, indem sie die vermeintlichen Mindermengen selbst herbeigeführt habe. Denn die Klägerin habe 2009 die Beklagte daran gehindert, Abfallerzeuger als Kunden zu gewinnen, indem sie diesen deutlich günstigere Entsorgungspreise als im Vertrag zwischen den Parteien enthalten und kalkuliert angeboten habe. Hierdurch habe sie der Beklagten unter Verstoß gegen die vertragsimmanenten Leistungstreuepflichten und ihre vor Vertragsschluss gemachte Zusage, dass die langfristigen Anlieferer preislich privilegiert würden und die Klägerin auf Konkurrenz durch eine eigene Vertriebsfirma verzichte, die Möglichkeit genommen, ausreichende Abfallmengen auf dem Markt zu akquirieren. Konsequenz hiervon sei, dass sie die Beklagte von jeglichen Zahlungen freizustellen müsse. 85

Die Klägerin erachtet sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht die von der Beklagten erhobenen Einwände für unbeachtlich: 86

Entgegen der Behauptung der Beklagten seien alle Abfälle, die qualitativ den vertraglichen Vereinbarungen der Anlage 1 entsprochen hätten, auch angenommen worden, so dass die Berechnung der Fehlmengen korrekt erfolgt sei. Die Klägerin habe zu Recht die Anlieferungen vom 10.09. und 07.10.2009 zurückgewiesen. Wie der Beklagten mitgeteilt, hätten die Abfälle nicht nur zu einer massiven Staubentwicklung geführt und wären – wie eine spätere Untersuchung gezeigt hätte – sogar als "staubexplosionsgefährlich" einzustufen gewesen; hinzu gekommen sei eine deutliche Überschreitung des Heizwertes. Insoweit habe es entgegen der Behauptung der Beklagten nie eine Zusage der Klägerin gegeben, für einzelne Lieferungen einen erhöhten Heizwert zu akzeptieren. Soweit die Beklagte weitere Lieferungen als Erfüllung geltend machen wolle, sei ihr Vorbringen zu unsubstantiiert, um eine Einlassung und Stellungnahme zu ermöglichen. 87

Bleibe es damit bei den von der Klägerin in ihrer Rechnung vom 15.07.2010 genannten Fehlmengen von 6.056,68 t, so könne die Klägerin für diese auch die vereinbarte Vergütung beanspruchen - Gründe für eine Unwirksamkeit der sog. "bring-or-pay-Klausel" seien nicht ersichtlich. Insoweit sei bereits der Ansatz der Beklagten unzutreffend, da es sich bei vorgenannter Klausel nicht um eine Schadensersatzpauschalierung oder ähnliches handele, sondern um eine Preisabsprache, durch die die Hauptleistungspflicht der Beklagten, nämlich Zahlung des vereinbarten Entgelts für die Bereithaltung vereinbarter Annahme- und Entsorgungskapazitäten und zwar ungeachtet dessen, ob diese von der Beklagten tatsächlich in Anspruch genommen würden, geregelt werde. Gehe es aber um die synallagmatische Zahlungspflicht für die Kapazitätsvorhaltung der Klägerin, sei die Regelung – ähnlich den take-or-pay-Klauseln im Bereich der Gaslieferung oder den "Festvergütungen" im Bereich der sog. Access-Provider-Verträge – einer AGB-Kontrolle entzogen. 88

Dessen ungeachtet liege auch gar keine Allgemeine Geschäftsbedingung vor – schließlich sei die bring-or-pay-Klausel nach Verhandlungen in die Änderungsvereinbarung aufgenommen worden und stellte damit eine individualvertragliche Regelung dar. Selbst wenn man dies anders sehen sollte, beinhalte die Klausel jedenfalls keine unangemessene Benachteiligung der Beklagten. Insoweit dürfe nicht verkannt werden, dass die Klägerin das Investitions- und Finanzierungsrisiko, das Betriebsrisiko und das Auslastungsrisiko trage, während auf die Beklagte allein das Mengen- und das Preisrisiko entfalle. Im übrigen verstehe es sich von selbst, dass versucht werde, ungenutzte Verbrennungskapazitäten anderweitig zu vergeben, um die Anlage wirtschaftlich betreiben zu können. Die Annahmekapazität der Anlage werde dabei aber nicht nur durch ihre Verbrennungskapazitäten bestimmt, sondern auch durch die Zwischenlagerungskapazitäten – daher seien alle von anderen Kunden übernommenen Abfallmengen sog. "Sowieso"-Mengen, die die Klägerin auch angenommen hätte, wenn die Beklagte die geschuldeten Mengen geliefert hätte. 89

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sachvortrags wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. 90

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. 91

Entgegen der Ansicht der Beklagten sei es der Klägerin nicht verwehrt, ihren Zahlungsanspruch auf die in beiden Anlieferungsverträgen zu findende "bring-or-pay-Klausel" zu stützen. 92

93

Bei dieser Regelung handele es sich nicht um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, sondern um eine die Zahlungsverpflichtung der Beklagten konkretisierende und damit die wechselseitigen Hauptpflichten betreffende Vertragsabrede. Ungeachtet dessen habe spätestens mit der Aufnahme der "bring-or-pay-Klausel" in den Änderungsvertrag diese ihren Charakter als Allgemeine Geschäftsbedingung verloren. Denn dem Abschluss des Änderungsvertrages seien umfängliche Verhandlungen der Parteien vorausgegangen, die schließlich in der Aufrechterhaltung und Bestätigung der "bring-or-pay-Klausel" als individualvertraglicher Regelung gemündet hätten.

Selbst wenn man aber von einer Allgemeinen Geschäftsbedingung ausginge, wäre diese nicht unwirksam. Die Klausel regle weder einen pauschalierten Schadensersatz noch eine Vertragsstrafe, sondern bestimme lediglich das vertraglich vereinbarte Entgelt für eine vertraglich bestimmte Abnahmemenge. Darüber hinaus bestünden auch keine Anhaltspunkte für eine Unangemessenheit. Insoweit sei es nicht ausreichend, dass sich das Kostenrisiko nachteilig zu Lasten der Beklagten entwickelt habe – dieses Risiko müsse die Beklagte als Kaufmann vor Vertragsschluss abwägen und, wenn es sich verwirkliche, tragen. Dies gelte umso mehr, wenn man berücksichtige, dass die Beklagte – wie ein Interview ihres Vorstands in der Zeitschrift "Blickkontakt" belege – offensichtlich vornehmlich daran interessiert gewesen sei, sich "Entsorgungssicherheit", so "als ob sie über eigene Müllverbrennungsanlage verfüge", zu kaufen. 94

Die Inanspruchnahme der Beklagten hindernde Gegenansprüche bestünden nicht: 95

So könne der Klägerin kein Verstoß gegen die eigene Leistungstreuepflicht angelastet werden. Es sei der Klägerin nicht vorzuwerfen, dass sie von Dritten Abfall zu geringeren Preisen angenommen habe. Denn die Beklagte sei preislich nicht privilegiert und genieße auch keinen Konkurrenzschutz. Die Klägerin sei zudem berechtigt, bestehende freie Kapazitäten aufzufüllen – dass es in diesem Zusammenhang zu einer "Doppelverwertung" gekommen sei, sei von der Beklagten nicht substantiiert vorgetragen. 96

Die Beklagte könne schließlich auch nicht damit gehört werden, dass sie mehr Mengen angeliefert habe, als von der Klägerin berücksichtigt worden seien. Denn die Beklagte, die insoweit die Darlegungs- und Beweislast trage, habe nicht nachgewiesen, dass die von ihr angeführten, von der Klägerin zurückgewiesenen Lieferungen vertragsgemäße Abfälle zum Gegenstand hatten. Ungeachtet der "Staubproblematik" hätten die Lieferungen vom 10.09. und 07.10.2009 zurückgewiesen werden können, da diese den vertraglich vereinbarten Heizwert von 14000 kJ/kg überschritten hätten – der von der Beklagten eingereichte Prüfbericht des M vom 14.10.09, der sich nur auf eine einzige Probe beziehe, sei nicht geeignet, etwas anderes zu belegen. 97

Ähnliches gelte für die Anlieferung vom 23.09.2009. Insoweit habe die Beklagte bereits nicht ausreichend dargelegt, dass die Klägerin einer "Erhöhung" des Heizwertes auf 16000 kJ/kg zugestimmt habe – es fehlten konkrete Angaben dazu, wann mit wem eine entsprechende Abrede getroffen worden sei. 98

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. 99

Sie moniert, dass das Landgericht zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass es sich bei der "bring-or-pay-Klausel" um eine kontrollfreie Preisvereinbarung iSd § 307 Abs. 3 S. 1 BGB handele. Insoweit sei bereits der Ansatz des Landgerichts, die Regelung beziehe sich auf die synallagmatisch verknüpften Hauptpflichten der Parteien, falsch. Denn das Landgericht übersehe, dass es sich bei dem Anlieferungsvertrag um einen Werkvertrag handele, bei dem 100

die Zahlung der Vergütung von der Herstellung des Werkes in Form der Beseitigung/Verwertung der Abfälle abhinge. Werde durch die "bring-or-pay-Klausel" eine Vergütungspflicht unabhängig von dieser Beseitigung/Verwertung statuiert, stünde die Zahlungspflicht außerhalb des Synallagmas und könne damit – entsprechend ständiger Rechtsprechung des BGH  nicht als kontrollfreie Abrede gewertet werden.

Ebenfalls unzutreffend habe das Landgericht weiterhin angenommen, dass spätestens mit Abschluss des Änderungsvertrages die "bring-or-pay-Klausel" ihren Charakter als Allgemeine Geschäftsbedingung verloren habe und zu einer Vereinbarung der Parteien mutiert sei. Denn hierfür sei erforderlich, dass die Klägerin die Regelung zur Disposition gestellt habe, was – wie die Beklagte bereits erstinstanzlich unter Beweis gestellt habe - jedoch nie der Fall gewesen sei. Verhandelbar seien allein die Vertragspreise sowie die Erstreckung der Frist für den Ausgleich von Minderlieferungen gewesen. 101

Liege nach Vorgenanntem aber eine Allgemeine Geschäftsbedingung vor, so benachteilige diese die Beklagte – wie bereits erstinstanzlich umfassend ausgeführt - unangemessen und sei daher unwirksam. 102

In Wahrheit handele es sich bei der "bring-or-pay-Klausel" um einen pauschalierten Schadensersatz. So führe die Klägerin selbst die "bring-or-pay-Klausel", die in allen Verträgen mit langfristig gebundenen Lieferanten in identischer Form enthalten sei, in ihrem Jahresabschluss als Schadensersatzregelung auf. Darüber hinaus ergebe sich aus dem Jahresabschluss, dass die Klägerin in 2009 ihre behördlich genehmigte Verwertungskapazität vollständig ausgelastet habe, so dass die Klausel der Klägerin trotz anderweitiger Auslastung einen Vergütungsanspruch zubillige und die Klägerin damit doppelt begünstige. 103

Rechtfehlerhaft habe das Landgericht schließlich im Zuge der Prüfung der Unangemessenheit der Klausel auf ein in der Hauszeitung der Klägerin nach Vertragsschluss veröffentlichtes Interview mit dem Vorstand der Beklagten abgestellt. Aus dem Inhalt dieses Gesprächs könne nicht auf den bei Vertragsschluss vorhandenen Willen geschlossen werden – stattdessen hätte das Landgericht sich damit auseinandersetzen müssen, dass nach dispositivem Recht eine Nicht- bzw. Minderlieferung zum Schadensersatz führe, wobei den Geschädigten eine Pflicht zur Schadensminderung treffe. 104

Darüber hinaus sei auch die im angefochtenen Urteil vertretene Ansicht, die Beklagte müsse nachweisen, dass die Klägerin die angelieferten Mehrmengen zu Unrecht zurückgewiesen habe, falsch. Denn da das angebotene Material seiner äußeren Beschaffenheit nach den vertraglichen Kriterien entsprochen habe, sei es Sache der Klägerin den angeblich nicht vertragsgemäßen Zustand nachzuweisen. Insoweit habe das Landgericht verkannt, dass die Einhaltung der Heizwertvorgaben zwischen den Parteien streitig sei. 105

Die Beklagte beantragt, 106

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. 107

Die Klägerin beantragt, 108

die Berufung zurückzuweisen. 109

Beide Parteien beantragen für den Fall ihres Unterliegens jeweils hilfsweise die Zulassung der Revision. 110

111

Die Klägerin verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens das angefochtene Urteil.

Zu Recht habe das Landgericht den Individualcharakter der "bring-or-pay-Klausel" im Änderungsvertrag hervorgehoben. Denn die entsprechende Vereinbarung sei, weil die Klägerin auf eine Vergütung für die bereits vorgehaltenen, aber endgültig ungenutzt gebliebenen Kapazitäten 2009 verzichtet habe, von wechselseitigem Nachgeben geprägt gewesen und habe die beiderseitigen im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Vertragspflichten betroffen. Im Übrigen werde auch durch die Entstehungsgeschichte des Änderungsvertrages eindrucksvoll belegt, dass dessen gesamte Regelungen und damit auch die Regelung in Ziffer 1 c zwischen den Parteien ausgehandelt worden seien – schließlich sei in dem ersten, der Beklagten zur Prüfung übersandten Entwurf aus April 2009 weder eine Nachlieferungsmöglichkeit der Beklagten noch eine darauf bezogene bring-or-pay-Klausel enthalten gewesen. 112

Soweit die Beklagte erneut versuche, den gesamten Anlieferungsvertrag als Werkvertrag zu qualifizieren, könne dem nicht gefolgt werden. Denn die vertraglich geschuldeten Leistungen der Klägerin ließen sich nicht auf die Erbringung des Entsorgungserfolges reduzieren. Vielmehr müsse, wie das Landgericht es auch getan habe, berücksichtigt werden, dass die Klägerin gewisse Kapazitäten für die Beklagte vorhalten müsse und diese Kapazitäten bei Nichtabruf unwiederbringlich verfallen würden. Für diese Vorhalteleistungen, wie sie insbesondere in § 2 Abs. 4 S. 2 und S. 3 sowie § 3 Abs. 3 S. 1 – 3 des Anlieferungsvertrages zum Ausdruck gebracht würden, beinhalte die sog. "bring-or-pay-Klausel" die synallagmatische Gegenleistung. Da dies für die Beklagte bei Abschluss der Verträge auch aus der Klausel ohne weiteres erkennbar gewesen sei, komme ein Rückgriff auf die von der Beklagten angeführte BGH-Rechtsprechung nicht in Betracht. 113

Ungeachtet dessen, dass aufgrund der Besonderheiten des Falles somit vom Vorliegen einer kontrollfreien Preisabrede ausgegangen werden müsse, sei die "bring-or-pay-Klausel" selbst bei Wertung als AGB-Klausel AGB-konform. Soweit die Beklagte meine, aus den Angaben im Jahresabschlussbericht der Klägerin "Honig saugen zu können", gehe dies fehl: Angaben im Jahresabschluss erfolgten ohne rechtliche Wertung und bezögen sich zudem nicht auf das Verhältnis zur Beklagten. Dagegen erlaube das Interview mit dem damaligen Vorstand X der Beklagten durchaus Rückschlüsse auf den Vertragswillen der Parteien, da es die wirtschaftlichen Absichten der Beklagten zum Ausdruck bringe. 114

Hervorzuheben sei schließlich, dass entgegen den Ausführungen der Beklagten kein Verstoß gegen das schadensrechtliche Bereicherungsverbot gegeben sei und auch kein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht vorliege. Die Klägerin verwerte keine Kapazitäten doppelt, sondern habe stets eine bestimmte Kapazität für die Beklagte "offen" gehalten und nur unabhängig von dieser Abfälle von Dritten angenommen. Aus Vorgenanntem folge zugleich, dass mit Ablauf des jeweiligen Anlieferungszeitraums die "offen" gehaltenen Kapazitäten unwiederbringlich verloren seien und Minderlieferungen nicht mehr kompensiert werden könnten. 115

Entgegen der Ansicht der Beklagten spreche – bei unterstellter Annahme einer Allgemeinen Geschäftsbedingung - auch ansonsten nichts für eine Unwirksamkeit der "bring-or-pay-Klausel": 116

Auf einen vermeintlichen "Summierungseffekt" mit der Laufzeitklausel könne die Beklagte bereits deshalb nicht rekurrieren, weil es sich bei der Regelung in § 10 Abs. 2 des Anlieferungsvertrages nicht um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handele, sondern die 117

Laufzeit zwischen den Parteien ausgehandelt worden sei. Auf Wunsch der Beklagten sei die zunächst von der Klägerin vorgeschlagene Laufzeit von 17 Jahren auf 10 Jahre reduziert worden. Im Übrigen seien Laufzeiten von bis zu 10 Jahren nicht branchenfremd und unüblich. Schließlich dürfe nicht verkannt werden, dass die Beklagte für die Laufzeit einen angemessenen Ausgleich erhalte, indem sie während des gesamten Zeitraums eine garantierte Entsorgungssicherheit erhalte, und die Klägerin in Zusammenhang mit der Errichtung der I Anlage erhebliche Investitionen getätigt hätte, die amortisiert werden müssten.

Zu Recht habe das Landgericht darüber hinaus Schadensersatzansprüche der Beklagten verneint und auch eine unberechtigte Zurückweisung von Anlieferungen durch die Klägerin abgelehnt. 118

Der Vortrag der Beklagten zu den vermeintlichen Zusagen/Zusicherungen der Klägerin, die Beklagte gegenüber Spotmarkt-Kunden preislich zu privilegieren und darauf zu verzichten, Drittmengen zu akquirieren, der vollumfänglich bestritten werden müsse, sei bereits unsubstantiiert – es lasse sich nicht feststellen, wer wann wem gegenüber entsprechende Erklärungen abgegeben haben solle. Soweit die Beklagte auf ein Gespräch zwischen Herrn G und Herrn X am 23.06.06 abstellen wolle, sei wenig nachvollziehbar, warum nach den mehrmonatigen Vertragsverhandlungen und Vertragsanpassungen wie sie aus den Anlagen K 34 ff ersichtlich seien, auf einmal ein derartig gewichtiger Punkt mündlich nicht nur thematisiert, sondern von der Klägerin auch ohne weiteres zugesagt worden sein soll. Dessen ungeachtet sei der Beklagten bestens bekannt gewesen, dass die klägerische Anlage allein durch langfristig gebundene Lieferanten nicht vollständig ausgelastet werden könne. Die Argumentation der Beklagten mache vielmehr deutlich, dass diese sich offensichtlich - was die Preisentwicklung angehe - verschätzt und insoweit versäumt habe, zwecks Erfüllung ihrer Lieferpflichten Abfallerzeuger langfristig an sich zu binden, und nunmehr den Vertragsschluss "bereue". 119

Völlig zutreffend sei das Landgericht schließlich davon ausgegangen, dass die Behauptung der Beklagten, angelieferte Abfälle seien zu Unrecht von der Klägerin zurückgewiesen worden zum Großteil bereits unsubstantiiert sei und auch hinsichtlich der Anlieferungen vom 10.09, 07.10.09 und 23.09.09 keine Inanspruchnahme der Beklagten hindere. Insoweit hätte es der Beklagten oblegen, nachdem die Klägerin die Anlieferungen vom 10.09. und 07.10.09 wegen eines Heizwertes von mehr als 14000 kJ/kg zurückgewiesen habe, nachzuweisen, dass ihre Leistung vertragsgemäß gewesen sei. Dies gelte ungeachtet dessen, dass die Beklagte trotz des bereits erstinstanzlich erfolgten Bestreitens der Klägerin nicht nachgewiesen habe, dass sie überhaupt in der Lage gewesen sei, 13.500 t vertragsgemäßer Abfälle zu liefern. Hinsichtlich der Lieferung vom 23.09.09 sei nicht substantiiert vorgetragen, dass eine einvernehmliche Abänderung der Heizwertobergrenzen erfolgt sei. 120

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Der Senat hat die Parteien anlässlich des Verhandlungstermins vom 12.12.2011 ergänzend angehört. Die Klägerin hat mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 22.12.2011 zu den Erörterungen im Termin Stellung genommen. 121

II. 122

Die zulässige Berufung der Beklagten hat Erfolg. 123

A. Die Inanspruchnahme der Beklagten auf Zahlung von 709.922,02 € ist weder nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien gerechtfertigt noch kommt – mangels 124

entsprechenden schlüssigen Vortrags der Klägerin – ein Rückgriff auf einen Schadensersatzanspruch nach §§ 280, 281 BGB wegen Verletzung vertraglicher (Mindest)Lieferpflichten in Betracht.

1. Entgegen der im angefochtenen Urteil vertretenen Ansicht ist die Klägerin nicht berechtigt, auf der Grundlage der sowohl im Anlieferungsvertrag vom 12.04./03.05.2006 als auch im "1. Änderungsvertrag" vom 13.11.2009 enthaltenen, sogenannten "bring-or-pay-Klausel" eine Bezahlung vermeintlicher Mindermengen entsprechend ihrer Abrechnung vom 15.07.2010 von der Beklagten zu verlangen. 125

Denn sowohl bei der Regelung in § 2 Ziffer 3 des Anlieferungsvertrages vom 12.04./03.05.2006 als auch der Bestimmung in Ziffer 1 c) des "1. Änderungsvertrages" handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen der Klägerin, die einer Kontrolle nach § 307 BGB nicht standhalten und unwirksam sind. 126

a) Dass es sich bei der "bring-or-pay-Klausel" im Anlieferungsvertrag vom 12.04./03.05.2006 um eine Allgemeine Geschäftsbedingung der Klägerin handelt, war erstinstanzlich zwischen den Parteien nicht ernsthaft streitig – schließlich hatte die Klägerin ausdrücklich erklärt hatte, ihr Zahlungsbegehren allein auf die ihres Erachtens eigenständige Regelung in Ziffer 1 c) des "1. Änderungsvertrages", die die Beklagte aus freien Stücken vereinbart habe (*Seite 2 f des Schriftsatzes vom 08.03.2011*), stützen zu wollen. Die Einschätzung der Parteien begegnet aber auch unter Berücksichtigung der rechtlichen Erwägungen der Klägerin im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 22.12.2011 keinen Bedenken. 127

Denn nach dem insoweit unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Beklagten findet sich eine dem § 2 Ziffer 3 des Anlieferungsvertrages vom 12.04./03.05.2006 entsprechende Klausel in einer Vielzahl weiterer, von der Klägerin bzgl. der Müllverbrennungsanlage I geschlossener langfristiger Anlieferungsverträge. Darüber hinaus war – wie die Klägerin schriftsätzlich mehrfach erklärt und im Rahmen ihrer mündlichen Anhörung im Senatstermin vom 12.12.2011 nochmals ausdrücklich hervorgehoben hat - die Aufnahme einer Klausel, mit der der jeweilige Anlieferer sich bei Unterschreitung der vertraglich vereinbarten Mindestliefermenge verpflichtete, der Klägerin auch die nicht angelieferte Differenzmenge zu entlohnen, zwingend erforderlich, um die Finanzierung zu sichern und für einen dauerhaften Liquiditätsfluss zu sorgen. Soweit die Klägerin meint, ungeachtet dieser ihrem eigenen Vorbringen zufolge einseitigen Vorgabe der "bring-or-pay-Klausel" könne nicht von einem "Stellen" der Bedingung iSd § 305 Abs. 1 S. 1 BGB ausgegangen werden, da die Beklagten nach eingehender Prüfung die Notwendigkeit der Klausel erkannt und sich damit letztlich freiwillig dieser unterworfen habe, kann sie hiermit nicht gehört werden. Zuzugestehen ist der Klägerin zwar, dass insbesondere im kaufmännischen Verkehr und bei Großgeschäften unter Wirtschaftsunternehmen ein individuelles Aushandeln einer Klausel auch dann vorliegen kann, wenn ein Verwender eine bestimmte Klausel für unabdingbar und keiner Änderung zugänglich erklärt (vgl. BGHZ 84, 109 ff; BGH, NJW 1992, 2283 ff). Für eine derartige Ausnahme ist aber nur dann Raum, wenn die in Rede stehende Vertragsbedingung zwischen den Parteien eingehend besprochen wurde und der Vertragspartner des Verwenders aufgrund der Verhandlung die Bestimmung in seinen freien rechtsgeschäftlichen Gestaltungswillen aufgenommen, sich zu Eigen gemacht und als sachlich berechtigt akzeptiert hat oder wenn zwischen den Vertragspartnern über viele Aspekte eines komplexen Vertrages umfangreich und langwierig verhandelt wurde und die streitige Vertragsklausel stehen geblieben ist, weil beispielsweise an anderer Stelle des Vertrages eine Kompensation stattgefunden hat (vgl. Staudinger-Peter Schlosser, BGB-Neubearbeitung 2006, § 305 Rn. 44 m.w.N.). Beide Fallkonstellationen, deren Voraussetzungen angesichts dessen, dass nach 128

ständiger Rechtsprechung des BGH (NJW 1988, 2465 ff; NJW 1998, , 2600 ff; NJW 2005, 2543 ff) ein individuelles Aushandeln regelmäßig nur dann zu bejahen ist, wenn der Verwender den Kerngehalt seiner Allgemeinen Geschäftsbedingung inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem anderen Teil Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt, eher restriktiv bejaht werden sollten, sind vorliegend aber nicht gegeben. Denn entgegen der Behauptung der Klägerin, die dafür darlegungs- und beweisbelastet ist, dass im konkreten Fall ein Aushandeln der an sich vorformulierten Bedingung stattgefunden hat (vgl. BGHZ 83, 56 ff; BeckOK-Becker; Stand 01.11.2011, § 305 Rn. 37 m.w.N.), lässt sich nicht feststellen, dass die Beklagte der "bring-or-pay-Klausel" im Anlieferungsvertrag vom 12.04./03.05.2006 zugestimmt hat, weil sie nach gründlicher Prüfung und Erörterung von deren Sachgerechtigkeit überzeugt war, so dass die Klausel letztlich Ausdruck der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung und Selbstverantwortung beider Vertragsparteien war. Vielmehr dokumentiert die von der Klägerin selbst eingereichte Vertragshistorie gerade, dass die Beklagte – entsprechend ihrem prozessualen Vorbringen - von Anfang an die "bring-or-pay-Klausel" für nicht gerechtfertigt und unbillig hielt. So hat die Beklagte unmittelbar nachdem die Klägerin nach dem Scheitern des Kooperationsmodells an sie herangetreten war und ihr im September 2005 einen ersten Vertragsentwurf übermittelt hatte, beanstandet, dass § 2 Ziffer 3 geändert worden sei und nunmehr nicht mehr dem sinnvollen Gedanken Rechnung trage, dass kein Ausgleich erfolge, soweit und sofern AGR nachweisbar keinen Schaden erlitten habe. Wie vor diesem Hintergrund angenommen werden soll, dass die Beklagte im Zuge der weiteren Verhandlungen, in denen die Klägerin – wie sie selbst erklärt hat - die bring-or-pay-Klausel als nicht verhandelbar dargestellt hat, ihre Einwände und Vorbehalte gegen die Klausel fallengelassen hätte und stattdessen von der sachlichen Berechtigung selbiger überzeugt wäre, erschließt sich nicht und wird von der Klägerin auch nicht näher erläutert oder unter Beweis gestellt. Muss im Gegenteil davon ausgegangen werden, dass die "bring-or-pay-Klausel" im Anlieferungsvertrag vom 12.04./03.05.2006 nie von der Klägerin ernsthaft zur Disposition gestellt wurde und die Beklagte nur die Wahl hatte, die Klausel anzunehmen oder vom Abschluss des Anlieferungsvertrages insgesamt abzusehen, so wird die damit verbundene rechtliche Qualifizierung der Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingung nicht dadurch gehindert, dass die Klägerin– wie sie in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 22.12.2011 behauptet – der Beklagten als Ausgleich für die "bring-or-Pay-Klausel" einen "äußerst günstigen Vertragspreis" eingeräumt haben will. Denn dieses Vorbringen, das über den bisherigen Vortrag der Parteien, der Beklagten als langfristig gebundenem Anlieferer seien gegenüber den Kunden des sog. Spotmarktes günstigere Konditionen und Preise gewährt worden, hinausgeht, ist mangels näherer Darlegung der für langfristige Lieferverträge zum damaligen Zeitpunkt geltenden Vertragspreise bereits unschlüssig. Dessen ungeachtet bietet es auch keinen Grund, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen. Denn die Klägerin, die mit dem nicht nachgelassenen Schriftsatz nachträglich versucht, weiteren Sachvortrag in den Rechtsstreit einzuführen, hatte Gelegenheit, in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat abschließend Stellung zu nehmen. Diese Gelegenheit hat sie bzgl. der nunmehr angeführten "günstigen Vertragspreise" nicht wahrgenommen.

b) An der rechtlichen Qualifizierung der "bring-or-pay-Klausel" als Allgemeiner Geschäftsbedingung ändert sich - entgegen der Argumentation der Klägerin und der vom Landgericht im angefochtenen Urteil vertretenen Ansicht – nichts dadurch, dass die Parteien die Klausel im Rahmen des "1. Änderungsvertrages" zu teilweise geänderten Konditionen hinsichtlich des "Kompensationszeitraums" und der "Entgelthöhe" beibehalten und fortgeschrieben haben. Denn auch wenn der Unterzeichnung des "1. Änderungsvertrages" – worauf das Landgericht in seiner Begründung entscheidend abstellt - intensive Gespräche und weitere Verhandlungen der Parteien vorausgegangen sind, ist daran festzuhalten, dass 129

die "bring-or-pay-Klausel" als solche und die mit ihr statuierte Zahlungspflicht der Beklagten für nicht gelieferte Mindermengen nicht zur Disposition stand. Belegt wird dies wiederum eindrucksvoll durch die von der Klägerin selbst zur Veranschaulichung der Vertragshistorie eingereichten Unterlagen. Denn nachdem bereits unmittelbar nach Einsetzen der Lieferverpflichtung der Beklagten Anfang 2009 offenbar geworden war, dass diese die vertraglich festgeschriebene Mindestabfallmenge nicht würde anliefern können, und es in diesem Zusammenhang – entsprechend dem Schreiben der Klägerin vom 06.03.2009 (K 28 / Bl. 378 ff d.A.) - zu ersten Differenzen der Parteien gekommen war, stellte die Klägerin im Anschluss an ein Treffen vom 23.04.2009 explizit klar, dass "eine Grundbedingung für die Weiterführung der Zusammenarbeit sei, dass der beigefügte 1. Änderungsvertrag zum Anlieferungsvertrag vom 12.04./03.05.2006 wirksam zustande komme". Der von ihr übermittelte Entwurf des "1. Änderungsvertrages" enthielt lediglich - und zwar beschränkt auf das Jahr 2009 - eine Reduzierung des für den Basisabfall der Preisgruppe 1 zu zahlenden Entgelts auf 98,50 € je Mg und ging ansonsten von einer Fortgeltung der Regelungen des Anlieferungsvertrages vom 12.04./03.05.2009 und damit auch einer Fortgeltung der "bring-or-pay-Klausel" unter § 2 Ziffer 3 desselben aus – insoweit heißt es wörtlich "alle übrigen Vereinbarungen der Verträge vom 12.04./03.05.2006 und .. bleiben unberührt". Soweit die Klägerin meint, dem sei nicht zu folgen, weil die Beklagte von sich aus unter dem 23.06.2009 erstmals die später im "1. Änderungsvertrag" vom 13.11.2009 unter Ziffer 1 c) zu findende, modifizierte "bring-or-pay-Klausel" in einen Vertragsentwurf eingefügt und damit in die Verhandlungen eingebracht habe, reicht dies nicht, um ein "Aushandeln" der Klausel bejahen zu können. Denn sie verkennt, dass die grundsätzliche Verpflichtung der Beklagten, "Mindermengen" zu bezahlen, bereits im Anlieferungsvertrag vom 12.04./03.05.2006 begründet worden war und die Beklagte nunmehr nur versuchte, möglichst günstige Rahmenbedingungen für diese Vergütungspflicht zu schaffen, indem sie insbesondere auf eine Verlängerung des Ausgleichszeitraums und Erstreckung des Nachlieferungszeitraums auf mehr als das Folgequartal abzielte. Unterstrichen wird diese Einschätzung dadurch, dass die Klägerin dem im Zuge der Verhandlungen über den "1.Änderungsvertrag" zunächst von der Beklagten geäußerten Wunsch nach einer kompletten Streichung der Nachlieferungsmöglichkeit und Vergütungspflicht für Minderlieferungen im I. und II. Quartal, wie er durch die Stellungnahme vom 06.05.2009 (Anlage K 30) belegt wird, nicht nachgekommen ist, sondern – wie die Klägerin während des Verfahrens selbst eingeräumt hat (*Schriftsatz vom 18.11.2011 / Bl. 509 d.A*.) – der Beklagten stattdessen deutlich gemacht hat, dass für ein ersatzloses Entfallen der Lieferpflicht und des Zahlungsanspruches kein Raum sei. Stand der Kerngehalt der "bring-or-pay-Klausel", nämlich die Zahlungsverpflichtung der Beklagten für Mindermengen, damit inhaltlich auch im Zuge der "Nachverhandlungen" nie ernsthaft zur Disposition, so teilt Ziffer 1 c) des "1. Änderungsvertrages" vom 13.11.2009 das rechtliche Schicksal von § 2 Ziffer 3 des Anlieferungsvertrages vom 12.04./03.05.2006 und bildet ebenfalls eine Allgemeine Geschäftsbedingung.

Nur ergänzend ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass – entgegen der erst- 130
instanzlich vertretenen Rechtsauffassung der Klägerin – die "bring-or-pay-Klausel" in Ziffer 1c) des "1. Änderungsvertrages" bei nach §§ 133, 157 BGB gebotener Auslegung, insbesondere unter Berücksichtigung von Wortlaut und Systematik, keine eigenständige Anspruchsgrundlage für das Zahlungsbegehren der Klägerin zu liefern vermag. Denn der Beklagten wird – abweichend vom "Ursprungsvertrag" – lediglich die Möglichkeit eingeräumt, bereits "aufgelaufene" und nach § 2 Ziffer 3 des Anlieferungsvertrages damit bereits vergütungspflichtige Mindermengen durch bis zum 30.06.2010 und nicht nur dem Folgequartal angelieferte Mehrmengen auszugleichen und zu kompensieren. Zugleich wird bestimmt, dass für diesen Ausgleich - ebenfalls abweichend vom Ursprungsvertrag - eine

Zahlung zu leisten ist, die dem reduzierten Entgelt für die Entsorgung der Abfälle der Preisgruppe 1 entspricht. Ziffer 1 c des Änderungsvertrages enthält damit hinsichtlich des "Kompensationszeitraums" und der "Entgelthöhe" zwei der Beklagten günstige Modifikationen – ändert aber nichts daran, dass die grundsätzliche Verpflichtung der Beklagten, "Mindermengen" zu bezahlen, bereits im Anlieferungsvertrags unter § 2 Ziffer 3 begründet und statuiert wurde. Dass dies letztlich auch die Parteien bei Unterzeichnung des Änderungsvertrages so gesehen und verstanden haben, folgt im übrigen daraus, dass in Ziffer 1 c nur eine "Abweichung von § 2 Nr. 2 a) S. 2 des Anlieferungsvertrages vom 12.04./03.05.2006" und nicht von § 2 Ziffer 3, der damit weiter Geltung hat, erwähnt wird.

c) Handelt es sich nach vorstehenden Ausführungen aber bei beiden "bring-or-pay-Klauseln" um Allgemeine Geschäftsbedingungen der Klägerin, so sind diese - entgegen der Wertung des Landgerichts im angefochtenen Urteil – nicht nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB von einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB freizustellen. 131

Nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB sind als Ausfluss der Privatautonomie, die den Parteien selbst die Festlegung der beiderseitigen Leistungen überlässt, Klauseln, die der unmittelbaren Beschreibung der beiderseitigen Leistung/Gegenleistung dienen, kontrollfest. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH und der Oberlandesgerichte (vgl. BGH NJW 2001, 1934 ff; OLG München NJW 2006, 2416 f; OLG Köln NJW-RR 2002, 598) wird von § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nur ein eng begrenzter Bereich von Regelungen, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen, erfasst, nicht erfasst werden aber solche, die das Hauptleistungsversprechen einschränken, verändern, ausgestalten oder modifizieren. Hieraus folgt nicht, dass jede Klausel, die ein Entgelt für eine "Leistung" festlegt, allein deswegen schon kontrollfest ist. So unterliegt beispielsweise auch eine Klausel, die ein vom Vertragspartner zu entrichtendes Entgelt für eine Tätigkeit festlegt, die nicht gegenüber dem Vertragspartner erbracht wird, sondern letztlich der Erfüllung eigener gesetzlicher Pflichten dient oder die im eigenen Interesse entfaltet wird, der Inhaltskontrolle (vgl. BGH WM 2011, 1241 ff; WM 2011, 1329, 1331 ff). Nach der Rechtsprechung des BGH bleiben kontrollfrei nur Bestimmungen über "Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung ... ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann" (vgl. BGH NJW 2001, 2635 f; NJW 2001, 1934 f; NJW 2001, 1132 f; NJW 1999, 2279 f, jeweils mwN). Umgekehrt sind Bestimmungen, die durch dispositives Gesetzesrecht ersetzt werden könnten, wenn die Parteien sie nicht getroffen hätten, nicht kontrollfrei (vgl. BGH NJW 2001, 2399 ff; NJW 2000, 3348; NJW 2000, 577 ff; NJW 1999, 2276, 2277, je mwN). Ebenfalls nicht kontrollfrei sind Bestimmungen, die die Leistung des Verwenders wieder einschränken - maßgeblich muss sein, ob der Verwender der Sache nach die Leistung, die er versprochen hat, wieder aushöhlt (vgl. Bamberger/Roth-H.Schmidt, Stand: 01.03.2011, § 307 Rn. 77 + 79; MünchenerKommentar-Kieninger, 5. Aufl. 2007, § 307 Rn. 12 ff). 132

Trägt man diesen Erwägungen vorliegend Rechnung, so kann trotz der Besonderheiten des zwischen den Parteien abgeschlossenen Abfallentsorgungs-/Anlieferungsvertrages die "bring-or-pay-Klausel" nicht als eigentliche Preisabsprache angesehen werden. 133

Zwar ist der Klägerin im Grundsatz darin beizupflichten, dass der zwischen ihr und der Beklagten geschlossene Vertrag nicht allein auf einen reinen Werkvertrag iSd §§ 631 ff BGB reduziert werden kann. So ist Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung – wie durch die Regelung in § 5 Ziffer 1 nachdrücklich zum Ausdruck gebracht wird *("U2 zahlt der I GmbH für die Annahme und Beseitigung und/oder Verwertung der Abfälle folgende Entgelte..")* – vornehmlich die Annahme und Beseitigung der von der Beklagten angelieferten Abfälle durch 134

die Klägerin, der als Gegenleistung die von der Beklagten zu entrichtende Vergütung gegenübersteht. Aus den übrigen Vertragsregelungen zur Qualität der anzuliefernden und entsorgenden Abfälle und zu den Modalitäten der Anlieferung und Entsorgung insbesondere in den §§ 3 und 4 sowie § 2 Abs. 4 des Vertrages, die u.a. vorsehen, dass die Klägerin prinzipiell auch bei Ausfall von Verbrennungslinien zur Abnahme des Abfalls verpflichtet ist und ggfs. für eine Zwischenlagerung und/oder Nutzung anderer Entsorgungsanlagen zu sorgen hat, ergibt sich aber, dass der Vertrag auf Seiten der Klägerin auch dienstvertragliche Elemente enthält.

Die neben der tatsächlichen Annahme und Entsorgung angelieferter Abfälle von der Klägerin geschuldete und im Rahmen ihrer Argumentation besonders hervorgehobene Vorhaltung von Annahme- und Entsorgungskapazitäten ist aber nicht mit der Vergütungspflicht der Beklagten für Mindermengen entsprechend der "bring-or-pay-Klausel" synallagmatisch verknüpft, was erforderlich wäre, um nach der Rechtsprechung des BGH von einer kontrollfreien Preisabrede ausgehen zu können. Denn eine derartige Wertung ließe unberücksichtigt, dass die Klägerin prinzipiell und zwar sowohl in Vertragsverhältnissen ohne "bring-or-pay-Klausel" als auch in Verträgen mit entsprechender Klausel, die jeweils die "Einhaltung" vertraglich bestimmter Mindestanlieferungsmengen vorsehen, für die Vorhaltung von Annahme- und Entsorgungskapazitäten Sorge zu tragen hat. Es liegt daher nahe, dass die Klägerin die ihr insoweit entstehenden "Kapazitätsvorhaltekosten" als Gemeinkosten in ihre allgemeinen Entsorgungsentgelte einpreist und so auf die Gesamtheit ihrer Kunden umlegt. Unterstrichen wird dies dadurch, dass die von der Beklagten nach der "bring-or-pay-Klausel" zu leistende Vergütung sich gerade nicht an "Vorhaltekosten" orientiert, die auf Seiten der Klägerin tatsächlich anfallen, sondern die normale Entsorgungsgebühr je Tonne nicht angelieferten Abfalls in Ansatz gebracht wird. Auch dies belegt, dass der auf der Klausel beruhenden Zahlungsverpflichtung gerade keine echte Verpflichtung der Klägerin als Abfallentsorger gegenübersteht. Schließlich kann entgegen der Ansicht der Klägerin auch nicht von einer die Vergütungspflicht rechtfertigenden, garantierten Entsorgungssicherheit, so als ob die Beklagte über eine eigene Müllverbrennungsanlage verfügen würde, gesprochen werden. Denn dabei würde übersehen, dass der Vertrag zugunsten der Klägerin diverse "Öffnungsklauseln" enthält, die der Annahme einer Entsorgungsgarantie entgegenstehen. So ermöglicht § 2 Ziffer 4 S. 3 des Vertrages beispielsweise eine Anpassung des Vertrages, wenn die Klägerin Schwierigkeiten haben sollte, gelieferte Abfälle anzunehmen und zu entsorgen. Desweiteren ist eine Mehrlieferung ebenso wie eine "Ausgleichslieferung" gemäß den Bestimmungen in § 2 Ziffer 2, § 3 Ziffer 3 und 4 nur unter eng begrenzten Kautelen und nach Absprache mit der Klägerin zulässig. Kommt hinzu, dass die Beklagte entsprechend § 3 Ziffer 2 u.U. auch verpflichtet sein kann, ihre Abfälle an eine andere Müllverbrennungsanlage als die der Klägerin zu liefern, so wird man nicht davon ausgehen können, dass die Klägerin der Beklagten uneingeschränkt und dauerhaft die eigene Leistungsfähigkeit zugesichert hat. 135

Schließlich lässt sich gegen das Vorliegen einer kontrollfreien Preisabrede anführen, dass die "bring-or-pay-Klausel" bei fehlender vertraglicher Regelung unproblematisch durch dispositives Gesetzesrecht, nämlich einen Rückgriff auf die §§ 280, 281, 283 BGB ersetzt werden könnte. 136

d) Unterliegt die "bring-or-Pay-Klausel" der Inhaltskontrolle des § 307 BGB , so ist sie unwirksam, da sie die Beklagte entgegen den Geboten von Treu und Glauben iSd § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unangemessen benachteiligt. 137

Nach § 307 Abs. 2 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung dann anzunehmen, wenn die Regelung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der 138

abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wenn sie wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird. Insoweit ist allgemein anerkannt, dass im kaufmännischen Verkehr die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB den Beurteilungsmaßstab des § 307 BGB beeinflussen und Indizwirkung für eine unangemessene Benachteiligung haben können (vgl. Palandt-Grüneberg, 70. Aufl. 2011, § 310 Rn. 5).

Vorliegend hält die "bring-or-Pay-Klausel" weder der nach § 307 BGB gebotenen, allgemeinen und umfassenden Interessenabwägung stand noch genügt sie den Anforderungen des § 309 Nr. 5 BGB so dass letztlich dahinstehen kann, ob die Klausel eine unzulässige Schadenspauschale beinhaltet und/oder "nur" wegen unangemessener Benachteiligung nach § 307 BGB unwirksam ist. 139

(1) Gemäß § 309 Nr. 5 BGB ist die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz oder Ersatz der Wertminderung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigt (a) oder dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale (b). 140

Hier ist fraglich, ob die "bring-or-pay-Klausel" überhaupt eine dem § 309 Nr. 5 BGB unterfallende Schadenspauschalierung darstellt. Denn nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. BGHZ 49, 84 ff) ist wesentliches Merkmal und Kennzeichen einer Schadenspauschale, dass die Klausel der vereinfachten Durchsetzung eines als bestehend vorausgesetzten Schadensersatzanspruches dienen soll, indem sie auf die Vereinfachung der Beweisführung in Bezug auf die Höhe des Schadens im Falle des Eintritts eines Schadens gerichtet ist. Nach Klägerdarstellung wäre der "bring-or-pay-Klausel" eine derartige Funktion abzusprechen. Denn nach dem Vortrag der Klägerin sollen durch die "bring-or-pay-Klausel" das eigene Investitions- und Finanzierungsrisiko abgesichert, die "Kapazitätsvorhaltekosten" ausgeglichen und das Auslastungsrisiko abgemildert werden. Ob diese (einseitige) Beurteilung des Klauselverwenders ausreicht, der "bring-or-pay-Klausel", die nach Ansicht des Senats den klassischen Fall der Nichterfüllung der Hauptpflicht und den daraus folgenden Nichterfüllungsschaden erfasst und regelt, den Charakter einer Schadenspauschale zu nehmen, erscheint zweifelhaft. Dies gilt umso mehr, als die Anordnung der Zahlung des vollen Vertragspreises für den Fall der Nichtanlieferung nicht gegen die Funktion einer Schadensabgeltung spricht, da sie ebenso gut nur als betragsmäßig überzogene Schadensersatzforderung angesehen werden kann. 141

Ginge man daher – ungeachtet der eigenen Einschätzung der Klägerin – vom Vorliegen einer Schadenspauschalierung aus, so stünde die Klausel – entsprechend den von der Beklagten vorgebrachten Einwänden – mit wesentlichen Grundgedanken des deutschen Schadensrechtes nicht in Einklang. Sowohl das schadensrechtliche Bereicherungsverbot als auch der Grundsatz der Vorteilsausgleichung wären nicht einmal ansatzweise berücksichtigt. Hinzu käme, dass der Beklagten auch entgegen § 309 Nr. 5 b) BGB der Nachweis eines geringeren Schadens abgeschnitten wäre. Denn auch wenn im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. BGHZ 131, 356 ff) grundsätzlich kein ausdrücklicher Vorbehalt erforderlich ist, sondern es ausreicht, wenn der Gegenbeweis nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird, dürfte die apodiktische Anordnung der Zahlung des gesamten Vertragspreises auch bei einem erfahrenen Kaufmann kaum die Vorstellung zulassen, er könne in Bezug auf die Höhe eine Reduzierung durch Nachweis eines 142

geringeren Schadens erreichen (vgl. BGH; NJW 1994, 1060 ff / 1068).

(2) Selbst wenn man dies anders sähe und der Argumentation der Klägerin folgend das Vorliegen einer Schadenspauschale verneinen würde, könnte die "bring-or-pay-Klausel" keinen Bestand haben. Denn als Ergebnis einer dann gebotenen umfassenden Interessenabwägung müsste eine unangemessene Benachteiligung der Beklagten bejaht werden. 143

Insoweit bliebe zunächst festzuhalten, dass die Beklagte ohne die "bring-or-pay-Klausel" bei Nichtanlieferung vertraglich vereinbarter Abfallmengen nach §§ 280, 281 Abs. 1, 283 BGB schadensersatzpflichtig wäre. Im Rahmen eines derartigen Schadensersatzanspruches wäre nicht nur zu prüfen, ob die Nichtanlieferung überhaupt kausal für den von der Klägerin mit ihren üblichen Entsorgungspreisen berechneten vermeintlichen Schaden ist. Es wäre weiter gemäß dem Prinzip der Vorteilsausgleichung zu hinterfragen, ob die Klägerin die von der Beklagten nicht genutzten Kapazitäten anderweitig entgeltbringend verwertet hat bzw. ob sie sich gemäß ihrer Schadensminderungspflicht nach § 254 Abs. 2 BGB um Deckungsgeschäfte bemüht hat und ihr insoweit schadensmindernde Beträge zugeflossen sind. Schließlich wäre zu erörtern, ob die Klägerin infolge Nichtlieferung Aufwendungen erspart hat. 144

All diese Überlegungen, die anzustellen wären, wenn keine "bring-or-pay-Klausel" gegeben wäre und die immanente Grundsätze des deutschen Schadensersatzrechtes wie das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot und den Grundsatz der Vorteilsausgleichung widerspiegeln, sind nach § 2 Ziffer 3 des Anlieferungsvertrages i.V.m. Ziffer 1 c) des Änderungsvertrages gerade nicht vorzunehmen. Denn nach der "bring-or-pay-Klausel" ist die Beklagte voll vergütungspflichtig, obwohl der in § 3 Ziffer 2 und § 5 Ziffer 1 des Anlieferungsvertrages definierte Leistungserfolg der ordnungsgemäßen Abfallentsorgung/Verwertung von der Klägerin nicht erbracht wurde. Damit werden die volle Leistung und die dahinter qualitativ deutlich zurückliegende Teilleistung – wenn man entsprechend dem Vorbringen der Klägerin auf die reine Vorhaltung von Kapazitäten abstellt – im Ergebnis gleich entgolten, was den Interessen der Beklagten zuwiderläuft und unangemessen ist. 145

Entgegen der Ansicht der Klägerin wird der durch die "bring-or-pay-Klausel" für die Beklagte begründete Nachteil nicht durch andere vorteilhafte Vertragsregelungen kompensiert und ausgeglichen. Insbesondere vermögen weder die von der Klägerin vielfach zitierte "Entsorgungsgarantie" noch die durch den "1. Änderungsvertrag" zu Gunsten der Beklagten zeitlich erweiterte Nachlieferungsoption einen angemessenen Interessenausgleich herbeizuführen. 146

Wie bereits ausgeführt, ist die Klägerin vertraglich zwar verpflichtet, die vereinbarte Mindestmenge von 5.000 t / Quartal entgegenzunehmen und zu entsorgen. Die "Öffnungsklausel" in § 2 Ziffer 4 S. 2 und S. 3 des Anlieferungsvertrages, die nur bei "Betriebsstörungen" auf Seiten der Klägerin greift und für die sich bei "Lieferschwierigkeiten" der Beklagten keine Entsprechung findet, unterstreicht nicht nur , dass die Klägerin gerade keine "uneingeschränkte Entsorgungsgarantie für die Beklagte übernommen hat oder übernehmen wollte, sondern verdeutlicht auch die unterschiedliche Gewichtung der wechselseitigen Vertragspflichten und die Hervorhebung der klägerischen Interessen. Eine Kompensation vermag die damit mehr als zweifelhafte Entsorgungsgarantie sicherlich nicht zu begründen. 147

Ähnlich verhält es sich mit der auf erste Sicht für die Beklagte günstigen Nachlieferungsmöglichkeit in § 2 Ziffer 2 a Abs. 2 des Anlieferungsvertrages sowie Ziffer 1 c) 148

des "1. Änderungsvertrages". Berücksichtigt werden muss insoweit nämlich, dass die Nachlieferungsmöglichkeit parallel zu der Verpflichtung der Beklagten läuft, auch für das Nachfolgequartal die vertraglich vereinbarte Mindestabfallmenge von 5.000 t anzuliefern, so dass ohne Änderung oder Anpassung der Anlieferungsmengen die Beklagte bei Lieferschwierigkeiten quasi permanent ihren Anlieferungspflichten hinterherläuft und keinen Ausgleich erreichen kann. Dies muss umso mehr gelten, als die Beklagte – wie § 2 Ziffer 2 b) des Anlieferungsvertrages verdeutlicht – selbst wenn sie tatsächlich in der Lage wäre, nicht nur die Quartalsmenge, sondern auch die "Ausfälle" des vorherigen Quartals anzuliefern, keinen Anspruch darauf hat, dass die Klägerin diese Mehrmengen auch tatsächlich abnimmt. Denn zu den Mehranlieferungen, die mehr als 5 % überschreiten, heißt es im Vertrag wörtlich: "I wird ihrerseits U2 unverzüglich mitteilen, ob und in welchem Umfang und zu welchen Konditionen Mehranlieferungen möglich sind".

Auch die 10-jährige Vertragsdauer, deren Vereinbarung, selbst wenn es sich bei der entsprechenden Klausel um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handeln würde, in Anbetracht der Entscheidung des BGH vom 03.11.1999 (NJW 2000, 1110) keinen Wirksamkeitsbedenken ausgesetzt sein dürfte, da hier wie dort der Verwender für seinen Vertragspartner ersichtlich für Errichtung einer Anlage erhebliche Investitionen tätigen musste und daher an einer langfristigen Sicherstellung von Einnahmen interessiert war, vermag an dieser Einschätzung nichts zu ändern. Denn die lange Laufzeit birgt ohne Öffnungsklausel bezüglich der Mindestmengenverpflichtung für die Beklagte die Gefahr erheblicher Schäden, während der Zahlungsanspruch der Klägerin durch die "bring-or-pay-Klausel" für die gesamte Vertragslaufzeit dauerhaft gesichert ist, ohne dass diese im Extremfall auch nur ein einziges Mal Abfälle der Beklagten entsorgen müsste. Gerade dieser hypothetisch denkbare und von der "bring-or-pay-Klausel" erfasste Extremfall macht die unangemessene Benachteiligung der Beklagten besonders deutlich. 149

Letztlich wird die Annahme einer solchen auch nicht dadurch gehindert, dass die Parteien im Änderungsvertrag die von der Beklagten aufgrund der "bring-or-pay-Klausel" zu leistende Vergütung reduziert haben. Denn diese Reduzierung betraf ersichtlich nicht nur die "bring-or-pay-Klausel", sondern das grundsätzlich von der Beklagten geschuldete Entsorgungsentgelt – eine Differenzierung zwischen Vergütung für tatsächliche Entsorgung und Vergütung für eine Leistung aufgrund der "bring-or-pay-Klausel" war mit der Preisanpassung damit nicht verbunden. 150

2. Scheidet ein Rückgriff auf die "bring-or-pay-Klausel" aus, so ist das Zahlungsverlangen der Klägerin auch nicht nach den §§ 280, 281 Abs. 1, 283 BGB gerechtfertigt. Zwar hat der Senat entsprechend dem Grundsatz "iura novit curia" von sich aus zu prüfen, ob das Klagebegehren nicht nur durch die von der Klägerin geltend gemachte, sondern auch durch andere in Betracht kommende Anspruchsgrundlagen gestützt werden kann, und insoweit auch zu hinterfragen, ob – wenn wie vorliegend eine bestimmte vertragliche Regelung unwirksam ist – an ihrer Stelle dispositive gesetzliche Bestimmungen eingreifen. 151

Einen danach möglichen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung hat die Klägerin, der aufgrund der bereits in erster Instanz erhobenen Einwände der Beklagten gegen die Wirksamkeit der "bring-or-pay-Klausel" die verfahrensrechtlichen Risiken eines Abstellens allein auf eine aus der "bring-or-pay-Klausel" resultierende Zahlungspflicht der Beklagten bekannt und geläufig sein mussten, trotz der Erörterungen im Senatstermin vom 12.12.2011 und der insoweit eingeräumten Gelegenheit zu weiteren Ausführungen jedoch weder ansatzweise noch schlüssig dargelegt. 152

153

B. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

C. Die Revision war entsprechend dem Hilfsantrag beider Parteien gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO zuzulassen, weil die Sache grundsätzliche Bedeutung hat und der Fortbildung des Rechts dient. Die Frage, ob eine in der Wirtschaft, insbesondere bei größeren Investitionsvorhaben zunehmend eingesetzte sog. "bring-or-pay-Klausel" AGB-konform und wirksam ist, ist – soweit ersichtlich - höchstrichterlich noch nicht entschieden. Die vorliegenden Entscheidungen betreffen in Energielieferverträgen zu findende sog. "take-or-pay-Klauseln" und dürften aufgrund der anderen Ausgangslage – während dort dem Kunden bei gleichzeitiger Vereinbarung einer Zahlungsverpflichtung für eine Energiemenge x freigestellt ist, welche Energiemenge er letztlich tatsächlich abnimmt, ist hier der Kunde im Extremfall selbst ohne jegliche Anlieferung und Entsorgung zur Vergütung verpflichtet – nicht übertragbar sein. 154

---

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE