BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 86/08

Verkündet am:
26. Januar 2010
Wermes,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Abfallentsorgung

BGB § 280 Abs. 1; § 311 Abs. 2

Die Rechtsprechung, wonach regelmäßig eine Verurteilung zu Schadensersatz wegen eines Vergabefehlers des Auftraggebers nur in Betracht kommt, wenn der Kläger bei in jeder Hinsicht rechtmäßigem Vergabeverfahren den Auftrag hätte erhalten müssen, gilt auch für Fälle, in denen dem Kläger im fehlerhaften Vergabeverfahren der Zuschlag erteilt worden ist.

BGH, Urteil vom 26. Januar 2010 - X ZR 86/08 - OLG Oldenburg
LG Osnabrück

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Januar 2010 durch den Vorsitzenden Richter Scharen und die Richter Keukenschrijver, Gröning, Dr. Berger und Hoffmann

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das am 9. Juli 2008 verkündete Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg wird zurückgewiesen, soweit ausgesprochen worden ist, der auf § 15 Abs. 2 des Entsorgungsvertrags vom 13. Oktober 2003 gestützte Anspruch auf Anpassung der Vergütung der Klägerin sei dem Grunde nach berechtigt, und insoweit die Sache zur Verhandlung und Entscheidung über die Höhe der Forderung an das Landgericht Osnabrück zurückverwiesen worden ist.

Im Übrigen wird das am 9. Juli 2008 verkündete Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten vor dem Bundesgerichtshof - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der beklagte Landkreis schrieb 2003 die Abfallentsorgung im Kreisgebiet europaweit aus. Mit seiner schriftlichen Bieterinformation 3 änderte der Beklagte den Leistungsgegenstand und die Frist zur Abgabe von Angeboten. Das Sammeln und Befördern von Biomüll einerseits und Restmüll andererseits sollte nun nicht wie zunächst vorgesehen in jeweils getrennten Gefäßen (Mülltonnen und Müllsäcken) erfolgen. Die Biotonnen sollten abgeschafft und der Biomüll sollte, soweit er nicht durch Eigenkompostierung verwertet werde, zusammen mit dem Restabfall entsorgt werden. In der Bieterinformation 3 hieß es weiter: "...die für die Leistungserbringung zu Grunde zu legende Restabfallmenge erhöht sich dadurch von 10.600 Mg/a auf 13.250 Mg/a."

2 Nach Nr. 7.2 der Bieterinformation 3 war der Preis gestaffelt nach Gefäßgrößen pro Gefäß und Jahr anzugeben (Nr. 7.2.1), wobei für den Fall, dass sich die Anzahl der zu entsorgenden Gefäße um mehr als 5 % verringere oder erhöhe, auch Preise angegeben werden konnten, die statt dessen gelten sollten (Nr. 7.2.2, 7.2.3). Nr. 7.2.7 der Bieterinformation 3 enthielt ferner eine Formel über die Berechnung einer Preisanpassung im Falle von Änderungen von Indices für bestimmte dem Angebotspreis zu Grunde liegende Kosten. Als Ausgangspreis für diese Berechnung war dort der Preis bei Angebotsabgabe genannt.

3 Die Klägerin erhielt auf ihr Angebot den Zuschlag. Der am 13. Oktober 2003 geschlossene Entsorgungsvertrag benennt in § 3 die Vertragsbestandteile

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

und ihre Rangfolge. Danach geht der Entsorgungsvertrag selbst den Bieterinformationen vor. Hinsichtlich des Entgelts sieht § 7 Abs. 3 vor, dass die Preise für das Jahr 2006 und die Folgejahre auf befristete schriftliche Aufforderung eines Vertragspartners angepasst werden, sofern die Veränderung infolge der Anwendung der Preisanpassungsformel mehr als 2 % ausmacht, und dass für die Anpassung die Preisindices des Monats Mai des abgelaufenen Kalenderjahres in Verbindung mit den Indices für Mai des laufenden Kalenderjahres maßgeblich sind.

4 Der Entsorgungsvertrag enthält ferner in § 15 eine Klausel für höhere Gewalt und Änderung/Wegfall der Geschäftsgrundlage, die nach Absatz 2 folgenden Wortlaut hat:

> "Sollten sich die technischen, wirtschaftlichen, abfallwirtschaftlichen oder rechtlichen Verhältnisse, die für den Abschluss und Vollzug dieses Vertrages maßgebend waren, während der Vertragsdauer gegenüber dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses nachhaltig so wesentlich ändern, dass die Rechte und Pflichten der Vertragspartner nicht mehr in angemessenem Verhältnis zueinander stehen und ein Festhalten an diesem Vertrag in seiner ursprünglichen Fassung eine unbillige Härte bedeuten würde, kann jeder der Vertragspartner nach Treu und Glauben eine Anpassung des Vertrages an die geänderten Verhältnisse nach Vernunft und Billigkeit verlangen. ..."

5 Im Jahre 2004 musste die Klägerin im Entsorgungsgebiet insgesamt 18.175,53 t (= Mg) und im Jahre 2005 insgesamt 18.174,587 t Abfall einsammeln und befördern. Die Gefäßanzahl stieg dagegen nur unwesentlich um jedenfalls weniger als 5 %.

6 Im Hinblick auf § 7 Abs. 3 des Entsorgungsvertrags erkannte der Beklagte mit Schreiben vom 6. Februar 2006 eine Preisanpassung in Höhe von 3,361 % als berechtigt an. Eine weitere Preisanpassung und Ersatz für Mehrkosten in Höhe von 179.669,-- € pro Jahr, welche die Klägerin angesichts der angefallenen Mehrmengen an Restabfällen geltend gemacht hatte, lehnte der Beklagte jedoch ab.

7 Die Klägerin hat deshalb im Klagewege einmal Zahlung von 477.532,50 € nebst Zinsen, zum anderen Feststellung begehrt, dass der Beklagte verpflichtet sei, ihr aus dem Entsorgungsvertrag vom 13. Oktober 2003 ab dem 1. Juli 2006 bestimmte angepasste Eurobeträge pro Gefäß/Sack pro Jahr zu zahlen.

8 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht dieses Urteil abgeändert und die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

9 Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision. Die Klägerin tritt diesem Rechtsmittel entgegen.

Entscheidungsgründe:

10 Die zulässige Revision des Beklagten hat keinen Erfolg, soweit sie sich auch gegen die Feststellung des Berufungsgerichts wendet, dass der auf 477.532,50 € nebst Zinsen gerichtete Zahlungsantrag aufgrund einer wegen

§ 15 Abs. 2 des Entsorgungsvertrags notwendigen Vertragsanpassung dem Grunde nach gerechtfertigt ist. Im Übrigen hat die Revision Erfolg und führt insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

11 I. Der mit 477.532,50 € zuzüglich Zinsen bezifferte Zahlungsantrag:

12 1. Dieses Begehren hat das Oberlandesgericht in doppelter Hinsicht für grundsätzlich gerechtfertigt erachtet. Obwohl dieser Ausspruch im Hinblick auf denselben Zahlungsbetrag ergangen ist, beinhaltet er eine Entscheidung über zwei verschiedene Streitgegenstände. Denn zur Begründung hat das Berufungsgericht aus dem Vortrag der Klägerin unterschiedliche tatsächliche Umstände herangezogen. Einmal - so das Oberlandesgericht - stehe der Klägerin ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB zu, weil der Beklagte sich nicht vergaberechtsgemäß verhalten habe. Nach § 8 VOL/A sei der Beklagte gehalten gewesen, die nachgefragte Leistung erschöpfend zu beschreiben und den Bietern kein ungewöhnliches Wagnis aufzubürden. Dem habe der Beklagte nicht genügt, weil er die mit 13.250 Mg/a angegebene Menge an zu sammelndem und zur Deponie zu beförderndem Abfall nur grob geschätzt, dies gleichwohl aber nicht hinreichend in den Vergabeunterlagen deutlich gemacht habe. Das zu den Gerichtsakten gereichte Parteigutachten belege auch einen gewissen auf diesen Vergabefehler zurückzuführenden Schaden der Klägerin. Zum anderen sei die bezifferte Zahlungsklage dem Grunde nach gerechtfertigt, weil der Klägerin ein Ausgleichsanspruch gemäß § 15 Abs. 2 des Entsorgungsvertrags zustehe. Dies folge aus dem Umstand, dass 2004 bis 2006 jeweils rund 37 % höhere Abfallmengen angefallen seien, als nach der Bieterinformation 3 zu erwarten gewesen sei.

13 2. Das entbehrt der erforderlichen tatsächlichen Feststellungen, soweit hieraus ein Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen eines Vergabefehlers des Beklagten hergeleitet wird (Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB).

14 Wenn die Klägerin - wie von dem Berufungsgericht ohne Rechtsfehler (s. unter I 3) festgestellt - eine Anpassung der vereinbarten Vergütung gemäß § 15 Abs. 2 des abgeschlossenen Entsorgungsvertrags verlangen kann, kann ihr in Höhe des ihr aufgrund dieser Anpassung zustehenden Mehrbetrags an Vergütung kein Schaden entstanden sein. Ein Schaden der Klägerin kann unter diesen Umständen nur in einem Betrag bestehen, der das der Klägerin aufgrund der Anpassung Zustehende übersteigt. Eine Verurteilung zu Schadensersatz hätte deshalb Ausführungen und Feststellungen erfordert, dass noch ein Defizit im Vermögen der Klägerin verbleibt, das durch den Anspruch auf Vertragsanpassung nicht gedeckt wird. Hierüber verhält sich das angefochtene Urteil jedoch nicht.

15 Auch ansonsten sind die für einen Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB erforderlichen Voraussetzungen nicht hinreichend festgestellt.

16 Als auf Ersatz des Erfüllungsinteresses gerichteter Schadensersatzanspruch kann das Begehren jedenfalls aus Kausalitätsgründen nach der Rechtsprechung des Senats nur gerechtfertigt sein, wenn davon auszugehen ist, dass der Kläger bei in jeder Hinsicht ordnungsgemäßem Vergabeverfahren den Auftrag hätte erhalten müssen (Sen.Urt. v. 18.9.2007 - X ZR 89/04, Tz. 8, VergabeR 2008, 69 m.w.N.).

17 Das setzt im Streitfall die Darlegung und den Nachweis voraus, welchen Preis die Klägerin angeboten hätte, wenn der Beklagte den festgestellten Vergabefehler unterlassen, wenn er also seine tatsächliche Schätzung als bloße Grobschätzung kenntlich gemacht hätte, sowie dass die Klägerin auch auf dieses Angebot den Zuschlag hätte erhalten müssen. Der Streitfall weist zwar insoweit einen Unterschied zu den bisher entschiedenen Fällen auf, als in jenen ein Bieter Schadensersatz verlangte, dessen Angebot nicht zum Zuge gekommen war. Hier hat hingegen die auf Schadensersatz klagende Partei den Auftrag tatsächlich erhalten. Auch in einem solchen Fall greift aber der der bisherigen Rechtsprechung zugrunde liegende Gesichtspunkt, dass die Aussicht, einen bestimmten Vorteil zu realisieren, regelmäßig nur dann zum Vermögen des sich an einer Ausschreibung Beteiligenden gehört haben kann, wenn es bei ordnungsgemäßer Vergabe der Anspruchsteller gewesen wäre, der den diesen Vorteil einschließenden Auftrag hätte erhalten müssen. Dies ergibt sich daraus, dass ein Auftrag nur einmal vergeben werden kann. Dazu, dass die Klägerin bei Offenbarung der minderen Qualität der Schätzung der Abfallmenge durch den Beklagten und einem hierauf ausgerichteten Angebot derjenige Bieter mit dem annehmbarsten Gebot gewesen wäre, verhält sich das angefochtene Urteil jedoch nicht.

18 Auch für einen durch den Vergabefehler bedingten anderen Schaden bietet das angefochtene Urteil keine tragfähige Grundlage. Ersatz von negativem Interesse kommt nach der Rechtsprechung des Senats (Sen.Urt. v. 16.12.2003 - X ZR 282/02, NZBau 2004, 283 m.w.N.) zwar nicht nur unter den soeben erörterten Voraussetzungen in Betracht (vgl. Sen.Urt. v. 27.11.2007 - X ZR 18/07, Tz. 36 ff. VergabeR 2008, 219; BGHZ 173, 33, 39 f., Tz. 13, 14). Kann der Kläger nicht dartun, dass er den Auftrag ohnehin hätte erhalten müssen, so kann er als tatsächlich zum Zuge gekommener Bieter geltend machen,

dass es ohne den Vergabefehler nicht zum Vertragsschluss mit ihm gekommen wäre. Dann verbietet sich aber eine Schadensberechnung auf der Grundlage des tatsächlich abgeschlossenen Vertrags. Im Falle einer vorvertraglichen Aufklärungspflichtverletzung durch den Auftragnehmer soll nach Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwar der Auftraggeber als Ersatz seines negativen Interesses unter Aufrechterhaltung des geschlossenen Vertrags den Betrag fordern können, um den er die Leistung zu teuer erworben hat (BGHZ 114, 87, 94). Angesichts der Wettbewerbssituation, die ein dann auf Schadensersatz verklagter Auftraggeber bei einer Ausschreibung ausnutzen will und auf die sich alle Bieter einlassen, ist aber weder für den zum Zuge gekommenen Bieter ein günstigeres Ergebnis vorgezeichnet, noch ein Sachverhalt gegeben, in dem ohne das beanstandete Verhalten typischer Weise (vgl. hierzu BGHZ 69, 53, 58) kein Vertrag zustande gekommen wäre. Eine Einbuße beim negativen Interesse lässt sich hier mithin nur im konkreten Vergleich mit der Vermögenssituation feststellen, die ohne den Vergabefehler des Auftraggebers bestanden hätte. Im Streitfall hätte es deshalb jedenfalls eines Eingehens darauf bedurft, wie sich die angesichts der Vertragsdurchführung bestehende Vermögenslage der Klägerin von der unterscheidet, die sich ergeben hätte, wenn die Klägerin den Auftrag nicht erhalten hätte. Auch dem von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung insoweit gebrachten bloßen Hinweis auf das mit der Klage eingereichte Parteigutachten lässt sich jedoch nicht einmal entnehmen, dass und gegebenenfalls in welchen Passagen sich dessen Inhalt zu dieser maßgeblichen Vergleichssituation verhält. Das Parteigutachten behandelt ausweislich seines Deckblatts die Mehraufwendungen, die offenbar auf der Grundlage der Kalkulation berechnet sind, die zu dem tatsächlichen Angebot der Klägerin geführt hat.

19 Die vermissten Feststellungen waren auch nicht etwa deshalb entbehrlich, weil der Urteilsausspruch des Berufungsgerichts nur den Grund des Anspruchs aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB umfasst. Ein Grundurteil darf nur ergehen, wenn zumindest wahrscheinlich ist, dass dem Kläger im Betragsverfahren jedenfalls etwas zugesprochen werden muss (z.B. BGH, Urt. v. 16.1.1991 - VIII ZR 14/90, NJW-RR 1991, 599, 600 m.w.N.). Das hängt aber von besagten Voraussetzungen ab. Eine Verurteilung des Beklagten nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB dem Grunde nach setzt deshalb sowohl entsprechende Feststellungen als auch voraus, dass sich über das, was die Klägerin auf Grund der Anpassung nach § 15 Abs. 2 des Entsorgungsvertrags erlangen kann, jedenfalls irgendein Betrag als Schaden ergibt.

20 Da sich das Berufungsgericht mit den hiernach entscheidungserheblichen Umständen nicht befasst hat, bietet das angefochtene Urteil keine Grundlage zu abschließender Entscheidung über einen Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB. Insbesondere erscheint weder gänzlich ausgeschlossen, dass die Klägerin den Auftrag ohnehin hätte erhalten müssen, da sie, wie ihr tatsächliches Angebot belegt, offenbar in der Lage war, günstig zu kalkulieren, noch kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass kein Restschaden in Betracht kommt, weil für die den Geboten von Treu und Glauben unterliegende Anpassung nach § 15 Abs. 2 des Entsorgungsvertrags - anders als bei einem Schadensersatzanspruch - nicht nur die Vermögensinteressen der Klägerin maßgeblich sind. Dies gebietet die Zurückverweisung der Sache in dem erörterten Umfang. Wenn es noch darauf ankommen sollte, bietet die Zurückverweisung dem Berufungsgericht auch Gelegenheit, der Rüge der Revision nachzugehen, dass es die Anforderungen an eine den Vorgaben insbes. des § 8 VOL/A genügende Leistungsbeschreibung überspannt habe.

21 3. Im Übrigen ist das angefochtene Urteil, was die grundsätzliche Berechtigung des sich über 477.532,50 € zuzüglich Zinsen verhaltenden Zahlungsantrags anbelangt, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

22 Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin könne wegen der Abfallmengen, die tatsächlich zu entsorgen gewesen seien, die in § 15 Abs. 2 des Versorgungsvertrags vertraglich vorgesehene Anpassung der vereinbarten Vergütung verlangen. Bei der Entsorgung seien nicht nur die Anzahl der zu leerenden Gefäße, mit der sich die Nrn. 7.2.1 bis 7.2.3 der Bieterinformation 3 befassten, sondern auch die tatsächlich zu sammelnden und zu transportierenden Abfallmengen kalkulationsrelevant. Da die Beklagte lediglich eine Menge von ca. 13.250 Mg/a (+/- 5 %) angegeben habe, hätten die Bieter davon ausgehen dürfen, dass einer höheren zu entsorgenden Abfallmenge bei der Preiskalkulation nicht habe Rechnung getragen werden müssen. Angesichts des tatsächlichen Anfalls, der rund 37 % höher als angegeben gelegen habe, sei mithin eine nachhaltige und so wesentliche tatsächliche Änderung gegeben, dass die vertraglich vorgesehenen Rechte und Pflichten der Parteien nicht mehr im angemessenen Verhältnis zueinander stünden und eine Anpassung nach Vernunft und Billigkeit beansprucht werden könne.

23 Das ist eine mögliche und nachvollziehbare Bewertung des festgestellten und auch von der Revision als solchen nicht in Zweifel gezogenen Sachverhalts (§ 286 ZPO). Die Schlüsse, welche die Revision aus den Nrn. 7.2.1 bis 7.2.3 der Bieterinformation 3 gezogen wissen will, nämlich insbesondere, hiermit sei zum Ausdruck gekommen, dass Mengenänderungen, die sich nicht auf die Anzahl der zu leerenden Gefäße auswirkten, in den Risikobereich des Auftragnehmers fallen sollten, bedeuten deshalb nur den revisionsrechtlich unerhebli-

chen Versuch einer anderen Auslegung des Inhalts des zustande gekommenen Vertragsverhältnisses.

24 Dies gilt auch im Hinblick auf den in der mündlichen Verhandlung angesprochenen Umstand, dass schon von Anbeginn der Vertragsdurchführung an mehr als 13.250 t/a Abfall zu entsorgen waren. Denn § 15 Abs. 2 des Entsorgungsvertrags stellt seinem ausdrücklichen Wortlaut nach auf die Verhältnisse ab, die für den Abschluss des Vertrags maßgeblich waren, so dass durchaus eine nachhaltige Änderung angenommen werden durfte, weil die Verhältnisse beim Abschluss des Vertrags durch die Angabe des Beklagten bestimmt waren, es seien ca. 13.250 t/a Abfall zu entsorgen.

25 4. Da das Grundurteil, soweit es den aus § 15 Abs. 2 des Entsorgungsvertrags hergeleiteten Streitgegenstand betrifft, mithin Bestand hat, kann insoweit auch die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht zur Entscheidung über die Höhe des Anpassungsanspruchs nicht als rechtsfehlerhaft erkannt werden. Sie ist vielmehr durch § 538 Abs. 2 Nr. 4 ZPO gedeckt. Über den aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB hergeleiteten Streitgegenstand hat hingegen zunächst noch einmal das Oberlandesgericht zu entscheiden, weil insoweit sein Grundurteil und damit auch die hierauf gestützte Zurückverweisung an das Landgericht rechtsfehlerhaft ist. Das führt zu einem Auseinanderfallen der Zuständigkeiten, das aus prozessökonomischen Gründen unerwünscht sein mag, aber aus dem Rechtsfehler des Berufungsgerichts folgt und nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch in anderen Fällen hingenommen werden muss (vgl. BGH, Urt. v. 20.7.2001 - V ZR 170/00, NJW 2002, 302; v. 24.11.1987 - VI ZR 42/87, NJW 1988, 1984). Der Senat weist allerdings vorsorglich darauf hin, dass eine den Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB ganz oder teilweise zusprechende Entscheidung durch das Berufungsge-

richt erst in Betracht kommt, wenn feststeht, welcher Betrag der Klägerin auf Grund von § 15 Abs. 2 des Entsorgungsvertrags zusteht. Das ist bei der weiteren Gestaltung des Verfahrens vor dem Berufungsgericht von diesem und den Parteien zu beachten. Möglichkeiten hierzu bestehen (vgl. Schneider MDR 1974, 624, 626 f.).

26 II. Die Feststellungsklage, ab 1. Juli 2006 bestimmte Mehrvergütung pro Gefäß pro Jahr zu zahlen:

27 1. Dieses Begehren betrifft eine andere Regelung des abgeschlossenen Entsorgungsvertrags als die bereits abgehandelten oder angesprochenen. In Streit stehen hier weder die vertraglich vorgesehenen Folgen der Notwendigkeit, mehr oder weniger Mengen an Müll zu entsorgen, noch die von der Revision insoweit für maßgeblich gehaltene, die Anzahl der Gefäße betreffenden Vorgaben in den Nrn. 7.2.1 bis 7.2.3 der Bieterinformation 3. Hier geht es um § 7 Abs. 3 des Versorgungsvertrags, wonach die Parteien auch eine Anpassung der Vergütung an bestimmte Preisindizes (Lohnkostenindex, Kraftstoffkostenindex, Kostenindex für Lkw mit Selbstzündung) vereinbart haben. Insoweit hatte der Beklagte wegen der Regelung in § 7 Abs. 3 des Entsorgungsvertrags eine Preisanpassung von 3,361 % zugestanden. Da über die Berechtigung jedenfalls dieser Anpassung zwischen den Parteien kein Streit bestand, muss das Berufungsurteil dahin ausgelegt werden, dass nur die grundsätzliche Berechtigung einer diesen Prozentsatz übersteigenden Forderung festgestellt worden ist. Das deckt sich mit dem Vorbringen der Klägerin in der Berufungsbegründung. Hiernach ist das als Feststellungsantrag formulierte Begehren prozentual auf die Zuerkennung weiterer 4,673 % gerichtet.

28 2. Die insoweit einzige Streitfrage der Parteien, welcher Bezugszeitpunkt für die Berechnung dieses Anpassungsanspruches vereinbart worden ist, hat das Berufungsgericht dahin entschieden, dass nicht auf den sich aus § 7 Abs. 3 des Entsorgungsvertrags ergebenden Zeitpunkt Mai 2004 bzw. Mai 2005 abzustellen sei. Da sich anderenfalls ergeben würde, dass die Zeit vom Abschluss des Entsorgungsvertrags bis zu dem Beginn einer eventuellen Änderung "inflationsmäßig völlig außen vor bliebe", müssten sich die Parteien am Wortlaut der Nr. 7.2.7 der Bieterinformation 3 orientieren, wonach ausgehend von dem Zeitpunkt der (früheren) Angebotsabgabe die Preisanpassungsberechnung vorzunehmen sei. Um ein widerspruchsfreies und interessengerechtes Ergebnis zu erreichen, stehe dem und der daraus zu folgernden grundsätzlichen Berechtigung dieser Forderung auch nicht entgegen, dass § 3 Abs. 1 des Entsorgungsvertrags eine Rangfolge vorsehe, wonach die Regelungen dieses Vertrags denen der Bieterinformationen vorgingen, die der Beklagte am Auftrag Interessierten gegeben habe.

29 3. Diese Würdigung bekämpft die Revision zu Recht als nicht mehr mit § 286 ZPO in Einklang stehend. Die Argumentation des Berufungsgerichts läuft letztlich darauf hinaus, dass nur die Interessen der Klägerin entscheiden, auch nicht zeitweise auf einen Inflationsausgleich verzichten zu müssen. Das kann kaum als Auslegung des übereinstimmenden Willens bezeichnet werden, den die Parteien in den verschiedenen Unterlagen zum Ausdruck gebracht haben; jedenfalls liegt ihm aber eine einseitige Sicht zugrunde, die den anerkannten Regeln der Vertragsauslegung nicht gerecht wird. So ist gänzlich unberücksichtigt geblieben, dass bei der Kalkulation von Preisen die Preisentwicklung in der sich unmittelbar anschließenden Zeit leichter einzuschätzen sein und weit eher von vornherein beim Angebotspreis berücksichtigt werden kann, als diejenige, die für spätere Zeiten bevorsteht. Schon das spricht für den ohnehin von § 3

Abs. 1 vorgegebenen Vorrang der Regelung in § 7 Abs. 3 des Entsorgungsvertrags und kann Anlass bieten, Nr. 7.2.7 der Bieterinformation 3 lediglich als ein Beispiel für eine Anpassung auf der Basis der genannten Indices zu verstehen, das im Entsorgungsvertrag dann einvernehmlich dahin konkretisiert worden ist, die betreffende Formel ausgehend von den zu den dort genannten (späteren) Zeitpunkten geltenden Preisen anzuwenden.

30 4. Eine eigene abschließende Entscheidung der Streitfrage der Parteien durch den Senat kommt auch hier nicht in Betracht, weil nicht ausgeschlossen erscheint, dass hierbei tatsächliches Geschehen zu berücksichtigen ist, das sich aus den insoweit bloß kursorischen Angaben des angefochtenen Urteils nicht ergibt. Sollte das Berufungsgericht nach Würdigung aller von den Parteien insoweit vorgetragenen Umstände wieder zu dem Ergebnis gelangen, die Parteien seien übereingekommen, der Änderung von Preisindizes gegenüber denen bei Angebotsabgabe Rechnung zu tragen, wird das Berufungsgericht sich ferner damit zu befassen haben, ob die in dem als Feststellungsantrag formulierten Begehren ausgeworfenen absoluten Beträge dem streitigen Prozentsatz von 4,673 % entsprechen, den allein das Berufungsgericht als von

seinem Urteil betroffen erwähnt, und ob, soweit dies nicht der Fall ist, die Klage nicht schon von ihm selbst als teilweise unbegründet abgewiesen werden muss.

Scharen Keukenschrijver Gröning

Berger Hoffmann

Vorinstanzen:
LG Osnabrück, Entscheidung vom 11.05.2007 - 5 O 1824/06 -
OLG Oldenburg, Entscheidung vom 09.07.2008 - 4 U 66/07 -