

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Schmitz Knoth, Bertha-von-Suttner-
Platz 2-4, 53111 Bonn,

hat der 1. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Prof. Dr. Kühnen, die Richterin am Oberlandesgericht Prof. Dr. Lohse und den Richter am Oberlandesgericht Breiler

für R e c h t erkannt:

- I. Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen das am 23. November 2012 verkündete Urteil der 10. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln im Zinsanspruch abgeändert und insgesamt wie folgt neugefasst:

Die Beklagte wird unter Abweisung der im Zinsanspruch weitergehenden Klage verurteilt, an die Klägerin 12.888.225,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 12 % p.a.

aus	649.575,00 €	seit dem 28.02.2011,
aus weiteren	2.160.900,00 €	seit dem 04.03.2011,
aus weiteren	1.852.200,00 €	seit dem 10.03.2011,
aus weiteren	1.852.200,00 €	seit dem 17.03.2011,
aus weiteren	1.852.200,00 €	seit dem 24.03.2011,
aus weiteren	2.238.075,00 €	seit dem 25.04.2011 und
aus weiteren	2.238.075,00 €	seit dem 01.05.2011

zu zahlen.

- II. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

V. Der Streitwert für das Berufungsverfahren und die Beschwer der Beklagten wird auf

25.776.450,00 €

festgesetzt.

Gründe:

I.

Die durch Formwechsel aus der [REDACTED] hervorgegangene Klägerin produziert und vertreibt unter anderem aus Silizium gefertigte Wafer, eine Art Halbleiter-Grundplatte für photoelektrische Beschichtungen, die als Vorprodukt für die – von der Klägerin ebenfalls betriebene – Herstellung von Solarzellen dient. Sie ist ein 100%-iges Tochterunternehmen der [REDACTED] die sich über verschiedene Tochterunternehmen weltweit mit der Herstellung und den Vertrieb von Solarstromtechnologie von der Siliziumgewinnung über den Wafer, die Solarzelle, dem aus in Reihe geschalteten Solarzellen bestehenden Solarmodul bis hin zur verschaltete Module umfassenden Solarstromanlage befasst.

Die Beklagte produziert ebenfalls Solarzellen. Für ihre Fertigungsprozesse benötigte Wafer bezog die Beklagte bzw. deren Rechtsvorgängerin, [REDACTED] in den Jahren 2007 bis 2011 unter anderem von der Klägerin. Grundlage dieser Lieferbeziehung waren vier in englischer Sprache abgefasste Lieferverträge („SUPPLY AGREEMENT“), die

- (a) von den Parteien unter dem Akronym *MoU II* zusammengefasst zwischen der Klägerin und seinerzeit noch der [REDACTED] unter dem 28. Juli/4. August 2006, 14./28. September 2006 und 29. November/6. Dezember 2006 sowie
- (b) zwischen den Parteien unter der zwischen ihnen geläufigen Bezeichnung *MoU III* am 30. Mai 2007

abgeschlossen wurden. Die Parteien haben mit Schriftsatz der Beklagten vom 30. April 2013 und mit Schriftsatz der Klägerin vom 7. August 2013 jeweils im Wortlaut nicht deckungsgleiche, aber inhaltlich im Kern übereinstimmende Übersetzungen dieser vier Vertragswerke in die deutsche Sprache zu den Akten gereicht; die mit Verfügung des Senatsvorsitzenden vom 1. Oktober 2014 auf das kongruente Inhaltsverständnis im Einzelnen hingewiesenen Parteien haben diesbezüglich keinen Widerspruch erhoben; die weitere Darstellung zur Vertragslage stützt sich daher im Wesentlichen auf die von der Beklagten vorgelegte Übersetzung, wobei deren inhaltliches Verständnis unter Berücksichtigung der klägerseits überreichten Übersetzung gewürdigt wird. Dies vorausgeschickt steht folgender Vertragsinhalt außer Streit:

Jeder der – in ihrer Gesamtheit sich kumulierenden - Lieferverträge sieht in seiner Vertragsziffer 1. i.V. mit der jeweiligen Vertragsanlage A eine technische Beschreibung der vertragsgegenständlichen Solarwafer und in seiner Vertragsziffer 3. i.V. mit der jeweiligen Vertragsanlage B eine pro Monat, Jahr und Gesamtdauer des jeweils vereinbarten Lieferzeitraums vom 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2018 (*MoU II*) bzw. 1. Januar 2010 bis 31. Dezember 2017 (*MoU III*) konkret festgelegte Liefermenge von vertragsgegenständlichen Solarwafern vor. Die beiderseitigen Rechte und Pflichten sind ferner durch in allen vier Verträgen im Wesentlichen gleich formulierte Vertragsbestimmungen insbesondere dahin ausgestaltet; dass

(a) – jeweils Vertragsziffer 2. - der „Käufer“ einen der Höhe nach jeweils individuell festgelegten Teilbetrag der künftigen Lieferentgelte als Vorauszahlung in ebenfalls individuell bestimmten Raten bis zum Beginn des vertraglichen Lieferzeitraums zu leisten verpflichtet ist, wobei

(b) diese „nicht erstattungsfähige, vorbehaltlose und unwiderrufliche“ Vorauszahlung „unter keinen Umständen“ rückerstattet werden, sondern in individuell festgelegten Teilbeträgen sukzessive über die gesamte Vertragsdauer auf den Stückpreis später im vereinbarten Umfang gelieferter Wafer verrechnet werden sollte,

(c) der vertraglich festgelegte anfängliche Stückpreis während der Vertragslaufzeit – jeweils Vertragsziffer 4. – von der Klägerin jährlich an Änderungen ihrer Fertigungskostenstruktur angepasst sowie im Hinblick auf eine von den Vertragsparteien als gemeinsame Erwartung konkret formulierte (absinkende) Entwicklung des Siliziumpreises anhand festgelegter Berechnungsformeln „erhöht“ werden dürfe (nachfolgend: Preisanpassungsklausel), ferner

- (d) – jeweils Vertragsziffer 5. – der „Käufer“ verpflichtet sein sollte, die jährlich vereinbarte Menge zum Vertragspreis bzw. zu dem sich nach der Preisanpassungsklausel ergebenden Preis auch im Fall völliger oder teilweiser Nichtabnahme zu bezahlen, d.h. für die Differenz zwischen bestellter und vertraglich festgelegter Jahresmenge mit dem vollen Kaufpreis haftet (nachfolgend: Take-or-pay-Klausel),
- (e) – jeweils Vertragsziffer 6. – Zahlungen 30 Tage ab Rechnungsdatum fällig, sowie ab Fälligkeit bis zum Zahlungszeitpunkt mit 12 % p.a. zu verzinsen sind,
- (f) der Vertrag in Anbetracht erheblicher Vorlaufinvestitionen der Klägerin für die Sicherstellung einer den künftigen Käuferbedarf abdeckenden Siliziumversorgung außer unter den – jeweils in Vertragsziffer 10. - vertraglich beschriebenen Voraussetzungen von beiden Seiten nicht gekündigt werden kann - jeweils Vertragsziffer 8. -, und schließlich
- (g) – jeweils Vertragsziffer 19. – der Vertrag den Regelungen des deutschen Rechts unterliegt (nachfolgend: Rechtswahlklausel).

In diese Standardformulierungen eingebettet sehen die streitbefangenen Lieferverträge folgende individuellen Vereinbarungen zur Vorauszahlungshöhe, zum Stückpreis und zur Anrechnung der Vorauszahlung hierauf vor:

	MoU II Vertrag vom			MoU III vom
	August 2006	September 2006	Dezember 2006	Mai 2007
Vorauszahlungen	4,5 Mio. €	9 Mio. €	6 Mio. €	21 Mio. €
letzte Rate zum	04.10.2008	04.10.2008	04.02.2009	14.12.2009
Bruttopreis/Stück	4,36 € / 2,75 €	4,36 € / 2,75 €	4,36 € / 2,75 €	4,05 €
Vorauszahlung/St.	0,38 € / 0,24 €	0,38 € / 0,24 €	0,38 € / 0,24 €	0,19 €
Nettopreis/Stück	3,98 € / 2,51 €	3,98 € / 2,51 €	3,98 € / 2,51 €	3,86 €
Vertragslaufzeit	01.01.2009 – 31.12.2018	01.01.2009 – 31.12.2018	01.01.2009 – 31.12.2018	01.01.2010 – 31.12.2017

Darüber hinaus enthielt jeder einzelne der streitbefangenen Lieferverträge unter seiner jeweiligen Vertragsziffer 22. eine gleichlautende Salvatorische Klausel, nach welcher im Fall einer gerichtlichen Kassation einzelner oder mehrerer Vertragsbestimmungen

– nunmehr unstreitig - die Vertragsparteien sich zu bemüht haben, einen rechtmäßigen, gültigen oder durchsetzbaren Ersatz zu finden, der dem wirtschaftlichen Zweck der unrechtmäßigen, ungültigen oder nicht durchsetzbaren Bestimmung am nächsten kommt.

Schließlich umfasste jeder Liefervertrag eine jeweils zugleich abgeschlossene Zusatzvereinbarung, welche vor allem die Belieferung in den Jahren 2007 sowie 2008 und/oder Preisreduzierungen im Fall einer Dichtereduzierung (Dicke des Wafers) zum Gegenstand hatte. Wegen der Einzelheiten zu den Vertragsinhalten wird auf die als Anlage K2 von der Klägerin zu den Akten gereichten Kopien der Verträge sowie auf die bereits bezeichneten Übersetzungen der Beklagten (Anlagenheft „Anlagen B 1 – 39, K 2 zum Schriftsatz vom 30.04.2013, eingereicht durch Anwaltskanzlei Doná Viscardini“) und der Klägerin (Anlage K 2 DE zum Schriftsatz vom 07.08.2013) Bezug genommen.

Bereits im Jahr 2009 zeigte sich eine (weltweit) deutlich rückläufige Preisentwicklung im Rohstoff- wie Waferhandel, die durch gegenüber der in den Lieferverträgen festgehaltenen gemeinsamen Erwartung deutlich stärker sinkenden Siliziumpreisen gekennzeichnet war.

Mit Schreiben vom 26. März 2010 bot die Klägerin der Beklagten eine zunächst auf das Jahr 2010 beschränkte Preisreduktion an. Die Beklagte zeichnete dieses Schreiben zwar nicht – wie von der Klägerin zum Zeichen des Einverständnisses hiermit erbeten – gegen, bestellte aber unter dem 15. Juli 2010 zu den mit diesem Schreiben angebotenen Konditionen auf der Grundlage des *MoU III* 6.405.105 Wafer zum Gesamtpreis von 15.692.507,25 € sowie auf der Grundlage des *MoU II* weitere 5.388.000 Wafer zum Gesamtpreis von 13.200.600,00 €. Der jeweilige Gesamtbetrag verstand sich abzüglich der anzurechnenden Vorauszahlungsteile („down payment“-Anteil). Die Klägerin bestätigte die Bestellungen in verschiedenen Chargen, die sie aber nur teilweise wie bestätigt im Jahr 2010 ausführte. Dies beruhte zunächst auf Lieferschwierigkeiten der Klägerin, weshalb die Beklagte ihr unter dem 10. September 2010 eine Reduktion der in diesem Zeitpunkt noch ausstehenden Restbestellung anbot, was die Klägerin jedoch ablehnte. Nach Wiederaufnahme der Lieferungen im Oktober 2010 stellte die Klägerin die Lieferungen vor dem Hintergrund erheblich aufgelaufener Rückstände der Beklagten mit der dieser obliegenden Zahlungspflichten sowie einer die Beklagte betreffende Kreditwarnung der Euler Hermes Kreditversicherungs AG erneut ein. Diese Rückstände bestanden zum einen im Hinblick auf die vertraglich vereinbarten Vorauszahlungen, welche die Beklagte trotz Fälligkeit bis Oktober 2009 – nach dem Klägervortrag zu 50 % und nach dem Beklagtenvorbringen zu 40 % - noch nicht erbracht hatte, während die Klägerin

ihre laufenden Lieferrechnungen immer noch unter Abzug des sich jeweils unter Berücksichtigung einer vollständigen Vorauszahlungsleistung berechneten „down payment“ erteilte; zum anderen war die Beklagte seit 2009 auch immer wieder mit der Bezahlung offenstehender Rechnungen, bis Ende 2010 in Höhe von insgesamt etwa 7.000.000,00 €, im Rückstand. Mit Schreiben vom 8. November 2010 wies die Klägerin die Beklagte darauf hin, dass die unter dem 26. März 2010 angebotene Preisreduktion zunächst auf das Jahr 2010 beschränkt sei und für die Zeit ab 2011 wieder die ursprünglichen Vertragsbedingungen in Kraft treten würden, wenn es zu keiner anderweitigen Vereinbarung käme; zugleich verlangte sie von der Beklagten eine Unterredung wegen der ausstehenden und überfälligen Vorauszahlungen.

Vor diesem Hintergrund schlossen die Parteien die Vereinbarung vom 28. Dezember 2010/14. Januar 2011 (nachfolgend: *Änderungsvereinbarung 2011*). Mit dieser verpflichtete sich zum einen die Beklagte zur Rückführung der aus den Lieferungen noch rückständigen Kaufpreiszahlungen in Höhe von 6.791.400,00 € bis zum 21. Januar 2011 und zum anderen die Klägerin dazu, nach fristgerechter Rückführung die von der Beklagten in 2010 bestellten, von der Klägerin aber noch nicht geleisteten Lieferung von 5.663.000 Wafer im Jahr 2011 zu den für dieses Jahr festgelegten – reduzierten - Preisen nachzuholen; der Vorauszahlungsabzug wurde den bereits geleisteten Anzahlungen entsprechend vermindert. Ferner vereinbarten die Parteien eine ratenweise Abzahlung des restlichen „downpayments“ in Höhe von 11.600.000,00 € spätestens bis zum 31. Dezember 2014.

Nachdem die Beklagte den zugesagten Ausgleich bewirkt hatte, lieferte die Klägerin am 31. Januar 2011 den Restbestand der am 11. Oktober 2011 bestätigten Mengen sowie bis März 2011 auf weitere Bestellungsbestätigungen vom 25. Januar 2011, welche die ursprüngliche Bestätigung vom 28. Oktober 2010 ersetzte, und 31. Januar 2011. Die Klägerin stellte dies unter Zugrundelegung eines Stückpreises von

- (a) 2,79 € bei einer Vorauszahlungsanrechnung von 0,34 € pro Stück für Lieferungen auf der Grundlage des *MoU II* und
- (b) 2,54 € bei einer Vorauszahlungsanrechnung von 0,09 € pro Stück für Lieferungen auf der Grundlage des *MoU III*

unter dem 27. Januar 2011, 1., 7., 14. und 21. Februar 2011 sowie 25. und 31. März 2011 in Höhe von insgesamt 12.888.225,00 € in Rechnung. Die Beklagte leistete hierauf keine Zahlungen. Statt dessen erklärte sie mit Schreiben vom 24. November

2011, sich an die ihres Erachtens „sowohl nach EU- als auch deutschem Recht“ verbotenen Lieferverträge nebst Änderungsvereinbarung 2011 nicht mehr gebunden zu betrachten und „ihr Kündigungsrecht gemäß §§ 313 und 314 BGB“ auszuüben. Im Gegenzug erklärte nunmehr die Klägerin mit Schreiben vom 22. Dezember 2011 unter Zurückweisung der aus dem Schreiben vom 23. November 2011 ersichtlichen gegnerischen Rechtsauffassung ihrerseits die Kündigung der Lieferverträge wegen erheblicher Nichterfüllung der vertraglichen Vereinbarungen. Wegen der Einzelheiten zum Inhalt beider vorgenannter Schreiben wird auf die von der Beklagten zu den Akten gereichten Übersetzungen zum einen ihres Schreibens vom 23. November 2011 (Anlage B 11) und zum anderen des klägerischen Schreibens vom 22. Dezember (Anlage B 39) verwiesen.

Mit vorliegender Klage hat die Klägerin die Beklagte auf Zahlung des vertraglichen Entgelts für die Lieferungen des ersten Quartals 2011 in Höhe von 12.888.225,00 € nebst 12 % Zinsen aus den Rechnungsbeträgen ab jeweiligem Fälligkeitszeitpunkt in Anspruch genommen. Hilfsweise hat die Klägerin ihr Zahlungsbegehren mit Blick auf das Schreiben der Beklagten vom 23. November 2011, in welchem ihrer Auffassung nach eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung liege, auf den Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung gestützt.

Das Landgericht hat der Klage im Hinblick auf den mit ihr verfolgten vertraglichen Entgeltanspruch sowie unter Verneinung einer nach seiner Wertung in Höhe von 1.845.309,60 € von der Beklagten erklärten Hilfsaufrechnung stattgegeben und die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung von 12.888.225,00 € nebst 12 % Zinsen

- aus 694.575,00 € seit dem 27. Februar 2011,
- aus 2.160.900,00 € seit dem 1. März 2011,
- aus 1.852.200,00 € seit dem 7. März 2011,
- aus 1.852.200,00 € seit dem 14. März 2011,
- aus 1.852.200,00 € seit dem 21. März 2011;
- aus 2.238.075,00 € seit dem 25. April 2011 und
- aus 2.238.075,00 € seit dem 30. April 2011

verurteilt.

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten sowie begründeten Berufung, mit welcher sie das Ziel einer umfassenden Klageabweisung weiterverfolgt. Hierzu wiederholt und vertieft die Beklagte ihr erstinstanzliches Vorbringen, wonach der mit der Klage geltend gemachte Entgeltanspruch - sinngemäß - zum einen infolge einer ihrerseits geltend gemachten Nichtigkeit der zwischen den Parteien geschlossenen Lieferverträge nicht entstanden oder zum anderen aufgrund eines umgekehrt gegen die Klägerin gerichteten Anspruchs der Beklagten auf Anpassung der vertraglichen Preisfestsetzung zur Zeit nicht fällig sei, sonst aber jedenfalls aufgrund einer von der Beklagten im Prozess erklärten Hilfsaufrechnung mit einer die Klageforderung übersteigenden Gegenforderung erloschen sei:

Ihren Einwand der Vertragsnichtigkeit stützt die Beklagte einesteils auf Art. 81 Abs. 3 EGV. Sie sieht in den streitbefangenen Lieferverträgen mit deren kumulierenden Liefer- bzw. Abnahmemengen – wie sie mit ihrem Berufungsvorbringen klargestellt hat (etwa Schriftsatz der Beklagten vom 30.04.2013, Seite 2 und 9 f., GA 707 und 714 f.) – eine nach Art. 81 EGV verbotene langfristige Alleinbezugsbindung dadurch verwirklicht, dass sie – die Beklagte – durch die Gesamtheit der Vertragsregelungen dazu gezwungen gewesen sei, nahezu ihren gesamten Waferbedarf während der Vertragsdauer von acht (MoU III) und zehn (MoU II) Jahren exklusiv bei der Klägerin zu beziehen. Dieser Zwang habe vor allem daraus resultiert, dass nach dem Vertragsinhalt

(a) die Vorauszahlungen nur im Wege der Anrechnung auf den Preis für gelieferte Wafer wirtschaftlich zurückfließen sollten und andernfalls aufgrund der Verfallregelung für die Beklagte verloren gewesen wären,

und

(b) nach der Take-or-pay-Verpflichtung der Kaufpreis für das gesamte vereinbarte Vertragskontingent unabhängig davon zu zahlen gewesen sei, ob dieses bestellt werde oder nicht. Hierzu behauptet die Beklagte, in den Jahren 2007 bis 2010 zwischen rund 86 % und mehr als 99 % ihres Gesamtbedarfes an Wafern bei der Klägerin eingedeckt zu haben; dieser Anteil sei infolge der klägerischen Lieferverweigerung ab April 2011 auf rund 75 % zurückgeführt worden. Die Vertragsgestaltung der Klägerin habe – wie die Beklagte weiter vorträgt - zu einer Marktabschottung gegenüber anderen Wafer-Lieferanten beigetragen. Dies folge zum einen schon im Hinblick darauf, dass sie – die Beklagte – durch die Vertragsgestaltung daran gehindert ge-

wesen sei, sich bei anderen Waferlieferanten – zudem zu viel preisgünstigeren Konditionen (Schriftsatz vom 30.04.2013, Seite 10 oben, GA 715) - einzudecken, was umgekehrt auch bedeute, dass andere Wafer-Hersteller von einer Belieferung gerade der Beklagten abgehalten worden seien (vgl. hierzu Schriftsatz vom 30.04.2013, Seite 2 f., GA 707 f.). Hierin sei deshalb eine Marktabschottung zu sehen, weil sie – die Beklagte – in den Jahren 2006 bis 2007 der mit Abstand „vorherrschende italienische Zellenhersteller und daher der Hauptkäufer von Wafer“ gewesen sei (Schriftsatz vom 30.04.2013, Seite 10, GA 715) und deswegen ihre Alleinbindung an klägerische Lieferleistungen einem praktisch weitgehenden Ausschluss anderer Lieferanten vom in räumlicher Hinsicht nicht einheitlich als Weltmarkt, sondern richtigerweise jeweils national abzugrenzenden Wafermarkt, hier also vom italienischen Markt gleichkomme. Eine zum anderen noch weiterreichende Marktabschottung folge ferner daraus, dass die Klägerin den gleichen Vertragstyp, den sie mit ihr – der Beklagten – abgeschlossen habe, mit zahlreichen anderen Zellen-Herstellern (weltweit) vereinbart habe und die hierin von der Klägerin gestellten Vertragskonditionen geradezu typisch für den Wirtschaftssektor seien, d.h. auch von den mit der Klägerin im Wettbewerb stehenden anderen Wafer-Herstellern ihren Käufern mit vergleichbarem Inhalt abverlangt worden seien und noch immer würden. Die geltend gemachten Beeinträchtigungen der wettbewerblichen Freiheit der Beklagten selbst und des Drittwettbewerbs seien auch spürbar, da die – ohnehin nicht den einzigen und ausschlaggebenden Prüfungsfaktor darstellenden - Marktanteilsschwellenwerte der „de minimis“-Bekanntmachung der EG-Kommission überschritten seien. Richtigerweise sei diesbezüglich auf den italienischen und den deutschen Wafermarkt abzustellen, auf denen – wie die Beklagte behauptet - sowohl sie als mit Abstand führende italienische Nachfragerin als auch die bis 2010 immerhin auf Platz 4 der weltweiten Waferhersteller vorgerückte Klägerin als Anbieterin seinerzeit jeweils über einen Marktanteil von über 15 % verfügt hätten. Unabhängig davon sei – so trägt die Beklagte ferner vor – in korrekter Anwendung der Ziffer 8 der de-minimis-Bekanntmachung wegen der kumulativen Marktabschottungswirkung der ähnlich ausgestalteten Lieferverträge aller Hersteller von einer Marktanteilsschwelle nicht in Höhe von 15 %, sondern 5 % auszugehen. Die in Rede stehenden Verträge kämen ferner auch nicht in den Genuss einer Freistellung nach Maßgabe der Vertikal-GVO. Es sei schon fraglich, ob die Vertikal-GVO in Anbetracht ihres Regelungssinns, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Herstellungs- oder Vertriebskette anzukur-

beln, auf die streitbefangenen Verträge zwischen Herstellern verschiedener Produkte, nämlich einerseits Wafer und andererseits Zellen, überhaupt Anwendung finde. In jedem Fall sei eine Freistellung schon deshalb ausgeschlossen, weil der ihr – der Beklagten – als Nachfragerin auf dem relevanten italienischen Markt zukommende Marktanteil die 30%-Schwelle des Art. 9 Vertikal-GVO überschreite. Überdies sei wegen der einem Wettbewerbsverbot entsprechenden acht- bzw. zehnjährigen Exklusivbindungswirkung der streitbefangenen Lieferverträge im Fall der Beklagten von einem – sinngemäß: wegen der hierzu führenden kumulierenden Wirkung der wesentlichen Vertragsbestimmung letztlich den gesamten Vertrag erfassenden – Freistellungsausschluss nach Art. 5 a) i.V.m. Art. 1 b) Vertikal-GVO auszugehen.

Unabhängig davon sieht die Beklagte die Nichtigkeit der streitbefangenen Lieferverträge in Art. 82 EGV i.V.m. § 134 BGB begründet. Der insofern relevante Markt sei nach Auffassung der Beklagten in räumlicher Hinsicht allenfalls auf die „Eurozone“ abzugrenzen, weil nur insoweit homogene Wettbewerbsbedingungen und vergleichbare rechtliche Rahmenbedingungen für die Zukunft gewährleistet seien; so bestünde im Hinblick auf darüber hinaus reichende Handelsräume neben dem Wechselkursrisiko insbesondere die Möglichkeit, dass jederzeit Handelsbarrieren, beispielsweise in Gestalt von Zollabgaben oder Mengenbeschränkungen, aufgestellt werden könnten. Auf dem so abgegrenzten relevanten Markt sei in Anbetracht eines von der EG-Kommission in einem Beihilfeverfahren für die Klägerin in Bezug auf das Jahr 2008 ermittelten Weltmarktanteil von 25 % unter weiterer Berücksichtigung des Umstandes, dass nach eigenen Angaben des SolarWorld-Konzerns im dritten Quartal 2007 die Hälfte der von der Klägerin erhaltenen Aufträge Europa betroffen hätten, ein die Marktbeherrschung vermuten lassender Marktanteil der Klägerin anzunehmen. Aber selbst wenn man vom Weltmarkt ausginge, ergäbe sich die ökonomische Macht der Klägerin, ihre Vertragsbedingungen ohne Konkurrenzdruck und effektive Wahlmöglichkeit ihrer Abnehmer durchsetzen zu können, aufgrund eines dann zugrunde zu legenden Weltmarktanteils von mindestens 25 % unter Hinzutreten insbesondere des Umstandes, dass der ██████████ Konzern eine komplette vertikale Integration über die gesamte Wertschöpfungs- und Herstellungskette aufgewiesen habe. Aufgrund dessen sei die Klägerin bereits 2006 und 2007 in der Lage gewesen, 50 % ihres Siliziumbedarfs aus konzerninternen Bezugsquellen abdecken zu können. Hierin habe ein überragender Wettbewerbsvorteil gelegen, aufgrund dessen die Klägerin unabhängig von den Bedingungen des Beschaffungsmarktes als Anbieterin auf dem

zudem durch eine das Angebot weit überwindende Nachfrage gekennzeichneten Wafermarkt habe agieren können. Hinzu trete eine gewisse Risikoentlastung dadurch, dass produzierte Wafer von der Klägerin nicht zwingend verkauft werden mussten, sondern der eigenen Zellen- und Modulherstellung hätten zugeführt werden können. Die hieraus resultierende marktbeherrschende Stellung der Klägerin dokumentiere sich des Weiteren darin, dass lediglich die Klägerin im maßgeblichen Zeitraum 2006 und 2007 aufgrund ausreichender Rohstoffkapazitäten in der Lage und bereit gewesen sei, den Bedarf der Beklagten zu decken. Ihre marktbeherrschende Stellung als Wafer-Anbieterin habe die Klägerin unter Verstoß gegen Art. 82 EGV dazu missbraucht, ihr – der Beklagten – völlig unangemessene Geschäftsbedingungen aufzuzwingen. Sämtliche Umstände belegten sowohl die marktbeherrschende Stellung der Klägerin als auch den wirtschaftlichen Zwang, in welchem sie – die Beklagte – aufgrund der objektiven Marktsituation im Zeitpunkt der Vertragsabschlüsse de facto keine andere Wahl gehabt habe, als die Verträge mit der Klägerin zu deren schikanösen Bedingungen mit der Folge einer langfristigen Alleinbezugsbindung an die Klägerin abzuschließen, wenn sie – die Beklagte - nicht auf die beabsichtigte Herstellung von Zellen habe verzichten wollen. Hierbei sei auch zu berücksichtigen, dass die Klägerin später eine den deutlich sinkenden Marktpreisen für Wafer Rechnung tragende Vertragsänderung nachhaltig verweigert habe, so dass die Beklagte mit den von der Klägerin festgelegten Preisen auf dem Markt für Solarzellen nicht mehr wettbewerbsfähig gewesen sei. In all dem liege charakteristisch bereits ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung. Dem stehe – wie die Beklagte sinngemäß vorträgt – nicht entgegen, dass die von der Klägerin gestellten Vertragsbedingungen auch von anderen Lieferanten gestellt würden und somit im Einklang mit der gängigen Handelspraxis des betroffenen Marktes stünde; dies ließe vielmehr – so führt die Beklagte ausdrücklich aus – eine stillschweigende Kollusion zwischen den verschiedenen Wafer-Herstellern und damit eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung vermuten.

Des Weiteren rügt die Beklagte die AGB-rechtliche Unwirksamkeit der vertraglichen Vorauszahlungsregelung, Take-or-Pay-Verpflichtung, Preisanpassungsklausel und Kündigungsregelung. Sie meint, dass die Klägerin insbesondere mit der Vorleistungs- und der Take-or-pay-Klausel versuche, missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten ihres Vertragspartners durchzusetzen, ohne von vornherein auch die Belange der Beklagten hinreichend zu berücksichtigen und ihr einen angemessenen Aus-

gleich zuzugestehen (vgl. Schriftsatz vom 30.04.2013, Seite 23, GA 728). Hierbei sei die Vorauszahlungspflicht an sich schon deshalb nicht sachlich gerechtfertigt, weil – wie die Beklagte behauptet – die Siliziumversorgung der Klägerin im Konzern hinreichend sichergestellt und der Kapazitätsausbau der Klägerin bereits vor den Verträgen mit der Beklagten geplant und finanziert gewesen sei. Zudem werde der Beklagten – so trägt diese vor – durch die Vorauszahlungspflicht das Druckmittel der Einrede des nichterfüllten Vertrages genommen, da sie im Rücktrittsfall den Verfall des Vorschusses hinnehmen müsste. Hierbei folge die Missbräuchlichkeit der vertraglichen Verfallregelung zudem daraus, dass der Erstattungs Ausschluss nicht zur Anrechnung kommender Vorauszahlungen verzugsunabhängig ausgestaltet und in der Verfallshöhe unangemessen hoch sei. Das ferner mit der Preisanpassungsklausel lediglich vorgesehene einseitige Preiserhöhungsrecht der Klägerin sei unangemessen, vor allem weil hiernach keine Verpflichtung der Klägerin bestehe, gefallenem Bezugskosten Rechnung zu tragen.

Die Unangemessenheit der Vertragsklauseln schließe – so führt die Beklagte weiter aus – unter Berücksichtigung der langen Vertragsbindung letztlich auf den gesamten Vertrag durch und begründe (überdies) dessen Sittenwidrigkeit insgesamt. Darüber hinaus sei auch der mit Änderungsvereinbarung 2011 festgelegte Preis gegenüber dem Marktpreis weit überteuert. Während sie hierzu erstinstanzlich sowohl einen durchschnittlichen Marktpreis des ersten Quartals 2011 in Höhe von 2,55 € pro Stück als auch einen am Markt im Jahr 2011 realisierbaren Preis von nur 1,40 € behauptet hat, nimmt sie mit ihrem Berufungsvorbringen nur noch auf letzteres Bezug und rügt, demgegenüber an die Knebelpreise der Klägerin gebunden gewesen zu sein. Außerdem sei – wie die Beklagte ebenfalls vorträgt – das Preissetzungsverhalten der Klägerin ihr gegenüber diskriminierend gewesen, da ihr – der Beklagten – im Rahmen der langfristigen Lieferverträge beispielsweise im Jahr 2009 ein höherer Preis abverlangt worden sei, als die Klägerin ihn außerhalb dieser Verträge und von anderen Abnehmern verlangt habe.

Ferner meint die Beklagte, dass die eingeklagten Zahlungsansprüche jedenfalls noch nicht fällig seien, weil die zugrunde gelegten Stückpreise den tatsächlichen Marktpreisen im ersten Quartal des Jahres 2011 anzupassen und entsprechend neu zu berechnen seien. Eines entsprechenden Preisanpassungsanspruchs berührt sich die Beklagte gestützt sowohl auf den Gesichtspunkt der ergänzenden Vertragsauslegung, die hier infolge der Klauselunwirksamkeit der vertraglichen Preisanpassungs-

regelung geboten sei, als auch auf § 313 BGB. Hierzu trägt die Beklagte vor, dass die Siliziumpreise Grundlage für die im Vertrag festgelegten Waferpreise gewesen seien und die Parteien – was insoweit unstreitig ist und sich aus den Lieferverträgen selbst ergibt - bei Vertragsschluss von einer durchschnittlichen Verringerung des Siliziumpreises um nur 1\$/kg pro Jahr ausgegangen seien. Diese nach Auffassung der Beklagten zur Geschäftsgrundlage gewordene gemeinsame Vorstellung habe sich – wie die Beklagte behauptet - indes als falsch erwiesen, weil es zu einem gegenüber der bei Vertragsschluss gemeinsam zugrunde gelegten Erwartung weitaus deutlicheren und daher von den Parteien seinerzeit nicht bedachten Preisverfall für Silizium – seit 2009 sogar um mehr als 50 % - gekommen sei. Nach dem Beklagtenvorbringen hätten die Parteien, wenn sie seinerzeit das Risiko eines Preisverfalls bedacht hätten, die Verträge nicht mit diesen überhöhten Preisen abgeschlossen. Im Hinblick auf § 313 BGB sei – wie die Beklagte ferner vorträgt - des Weiteren der für die Absatzerwartung der Beklagten und damit für das Vertragsvolumen entscheidende Fortbestand staatlicher Fördermaßnahmen in Italien Vertragsgrundlage gewesen. Diese sei indes – so behauptet die Beklagte – durch die italienische Regierung im März und Juni 2011 unerwartet in einer Weise modifiziert worden, dass seither absolute Unsicherheit bei den Akteuren der italienischen Solarmärkte herrsche und die Auftragslage der Beklagten völlig eingebrochen sei. Dies betreffe auch die der Klageforderung zugrunde liegenden Lieferungen im ersten Quartal 2011, da hieraus produzierte Zellen nach Wegfall der staatlichen Förderung gar nicht bzw. nur mit Verlust hätten verkauft werden können. Der unter all diesen Umständen gebotenen Vertragsanpassung im Preis trage weder die klägerseits im März 2010 angebotene noch die mit Änderungsvereinbarung 2011 vollzogene Preisfestsetzung Rechnung. Denn zum einen sei die Klägerin damit lediglich ihrer Vertragspflicht aus den jeweiligen Zusatzvereinbarungen zu jedem der streitbefangenen Lieferverträge nachgekommen, den Stückpreis wegen Verringerung der Waferdichte herabzusetzen. Zum anderen entspreche die jeweilige Preisreduzierung aufgrund ihres bloß auf das jeweilige Lieferjahr beschränkten Geltung keiner hinreichenden Erfüllung des ihr – der Beklagten – zustehenden Vertragsanpassungsanspruchs; denn dieser sei auf eine umfassende, für den Rest der Vertragslaufzeit Rechtssicherheit gewährleistende Änderungsregelung gerichtet, während die Vorgehensweise der Klägerin demgegenüber nur zu jährlich neu zu treffenden Anpassungen bei sonst drohender Geltung der ursprünglichen Vertrags- und Preiskonditionen führe.

Schließlich meint die Beklagte, dass die eingeklagten Zahlungsansprüche der Klägerin – selbst wenn diese wirksam entstanden und fällig seien – infolge ihrer bereits erstinstanzlich hilfsweise erklärten Aufrechnung mit einem Anspruch auf Rückgewähr nicht verbrauchter Vorauszahlungen in Höhe von 23.110.279,06 € erloschen seien. Ihrer Auffassung nach habe sie die streitbefangenen Lieferverträge mit Schreiben vom 23. November 2011 wirksam gekündigt. Da die Klägerin sich trotz wesentlich veränderter Umstände, namentlich des Preisverfalls für Silizium und Wafer sowie des Fortfalls staatlicher Fördermittel und des damit einhergehenden Einbruchs der Auftragslage bei der Beklagten, nicht auf eine gebotene Vertragsanpassung eingelassen habe, sei sie – die Beklagte – sowohl nach Maßgabe des § 313 Abs. 1 und 3 BGB als auch nach § 314 BGB zur Kündigung berechtigt gewesen, da ihr unter diesen Umständen ein Festhalten an den Verträgen nicht mehr zuzumuten gewesen sei. Weil die streitbefangenen Lieferverträge – sei es nun aufgrund ihrer Kündigung oder aufgrund der späteren Kündigung durch die Klägerin aus Dezember 2011 – beendet seien, seien empfangene Leistungen nunmehr zurück zu gewähren. Dies umfasse wegen der Klauselunwirksamkeit des vertraglichen Erstattungs Ausschlusses (Verfallsregelung) ihre Vorauszahlungen, soweit diese bislang nicht auf Lieferentgelte angerechnet worden seien.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt die angefochtene Entscheidung und tritt dem Berufungsvorbringen der Beklagten in vollem Umfang entgegen.

Über das Vermögen der Beklagten ist am 12. Juli 2013 das Insolvenzverfahren nach italienischem Recht eröffnet worden. Die Insolvenzverwalterin hat die Prozessbevollmächtigte der Beklagten mit der Weiterführung des Prozesses beauftragt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die tatbestandlichen Feststellungen des Landgerichts sowie auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Der zulässigen Berufung bleibt – mit Ausnahme einer geringfügigen Abänderung des angefochtenen Urteils des Landgerichts im Zinsausspruch und insoweit auch nur hinsichtlich des Zinsbeginns – in der Sache ein Erfolg versagt.

A. Die Vertragsbeziehung der Parteien unterliegt dem deutschen Recht. Dies ergibt sich aufgrund der – von Amts wegen anzuwendenden (*Thorn* in Palandt, BGB, 69. Aufl., Einl v EGBGB 3 Rn. 1 m.w.N.) - Kollisionsvorschriften des EGBGB:

Auf die vor dem Stichtag des 17. Dezember 2009 [Art. 29 Satz 2 der *Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)*] abgeschlossenen Vereinbarungen *MoU II* und *MoU III* finden die Regelungen der Artt. 27 bis 37 EGBGB in der bis zum 16. Dezember 2009 geltenden Fassung vom 1. Januar 1980 (nachfolgend EGBGB a.F.) Anwendung (vgl. zur temporalen Geltung des Kollisionsrechts: *Thorn* in Palandt, BGB, 69. Aufl., (IPR) Rom I, Vorbemerkung Rn. 1). Hier nach unterliegt der Vertrag nach Art. 27 Abs. 1 Satz 1 EGBGB a.F. dem von den Parteien gewählten Recht. Eine solche – im vorliegenden Verfahren auch nicht umstrittene - Rechtswahl haben die Vertragsparteien hier in Ziffer 19. jedes in Rede stehenden Vertrages ausdrücklich zugunsten des deutschen Rechts getroffen. Unabhängig davon ergäbe sich das deutsche Vertragsstatut ansonsten aber auch nach Maßgabe des Art. 28 Abs. 1 EGBGB a.F., weil die zwischen der Klägerin und der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin geschlossenen Verträge die *engsten Verbindungen* zur Bundesrepublik Deutschland aufweisen. Dies wiederum ist aufgrund der im Streitfall nicht entkräfteten Vermutungsregel des Art. 28 Abs. 2 EGBGB a.F. anzunehmen, weil die *charakteristische*, d.h. die den Vertrag typisierende und ihm seine Eigenart verleihende (vgl. hierzu *Heldrich* in Palandt, BGB, 60. Aufl., EGBGB 28 Rn. 3) Leistung vorliegend in der der Klägerin obliegenden Lieferung von ihr herzustellender beweglicher Sachen liegt und die Klägerin mit ihrer Hauptverwaltung

(Hauptniederlassung) im Zeitpunkt der Vertragsschlüsse in Deutschland ansässig war (und dies noch immer ist).

Dieses Vertragsstatut teilt sodann auch die auf diese Verträge bezogene *Änderungsvereinbarung 2011*, die unabhängig davon aber auch ihrerseits unter ihrer Ziffer (8) eine Rechtswahlvereinbarung nach Art. 3 Abs. 1 Rom I zugunsten des deutschen Rechts enthält und überdies als warenkaufvertragliche – oder dem gleichstehende werklieferungsvertragliche (vgl. *Thorn* in Palandt, BGB, 69. Aufl., (IPR) Rom I, Art. 4 Rn. 6) - Regelung nach Artt. 4 Abs. 1 lit. a), 19 Abs. 1 Rom I dem Recht am Ort der deutschen Hauptniederlassung der Klägerin unterliegt. Nichts anderes gilt nach Artt. 4 Abs. 2, 19 Abs. 1 Rom I, wenn man der in Rede stehende Leistungspflicht der Klägerin einen eher werkvertraglichen Charakter beimisst (vgl. hierzu *Thorn* in Palandt, BGB, 69. Aufl., (IPR) Rom I, Art. 4 Rn. 10).

Nach dem somit als Vertragsstatut anzuwendenden deutschen Recht beurteilt sich grundsätzlich die gesamte Vertragsbeziehung zwischen den Parteien einschließlich der diesbezüglich zwischen ihnen im Streit stehenden Fragen der Wirksamkeit des Vertrages (Art. 31 Abs. 1 EGBGB a.F. wie auch Art. 10 Abs. 1 Rom I), aber auch des Inhalts und Umfangs der durch ihn begründeten Rechte und Pflichten sowie deren Erfüllung bzw. Nichterfüllung und dessen Konsequenzen, ferner des Erlöschens der Verpflichtungen bzw. der Hinderung ihrer Durchsetzung sowie – sofern es hier darauf ankommt - der Folgen einer Vertragsnichtigkeit (zu allem Art. 32 Abs. 1 EGBGB a.F. wie auch Art. 12 Abs. 1 Rom I) nebst der Rückabwicklung des teilweise oder insgesamt bereits vollzogenen Vertrags (vgl. hierzu: *Heldrich* in Palandt, BGB, 60. Aufl., EGBGB Art. 32 Rn. 7; *Thorn* in Palandt, BGB, 69. Aufl., (IPR) Rom I, Art. 12 Rn. 9).

B. Dies vorangestellt ist die Zahlungsklage in der Hauptsache in vollem Umfang und mit dem als Nebenforderung verfolgten Zinsanspruch zwar in geltend gemachter Zinssatzhöhe, jedoch nur ab dem im Ausspruch dieses Urteils benannten Verzinsungsbeginn begründet.

Die Beklagte ist nach §§ 651 Satz 1, 433 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den als *MoU II* und *Mou III* bezeichneten Lieferverträgen, deren Inhalt hier unter Geltung

der mit *Änderungsvereinbarung 2011* modifizierten Preisregelung zugrunde zu legen ist, verpflichtet, den Kaufpreis für die klägerseits erbrachten und mit Rechnung

Nr. RG 11 0076 vom 27. Januar 2011,
 Nr. RG 11 0091 vom 1. Februar 2011,
 Nr. RG 11 0114 vom 7. Februar 2011,
 Nr. RG 11 0136 vom 14. Februar 2011,
 Nr. RG 11 0166 vom 21. Februar 2011,
 Nr. RG 11 0281 vom 25. März 2011 sowie
 Nr. RG 11 0397 vom 31. März 2011

abgerechneten Lieferleistungen in eingeklagter Gesamthöhe von 12.888.225,00 € an die Klägerin zu zahlen. Die zwischen der Klägerin und der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin unter den Bezeichnungen *MoU II* im Jahr 2006 und *Mou III* im Jahr 2007 geschlossenen Verträge eröffnen nicht lediglich einen durch Einzelverträge noch auszufüllenden Rahmen der Lieferbeziehung, sondern regeln abschließend ein auf die entgeltliche Herstellung und Lieferung von vornherein zeitlich und umfanglich festgelegten Liefermengen gerichtetes Schuldverhältnis, auf welches nach § 651 Satz 1 BGB die Vorschriften des Kaufs Anwendung finden (zu allem nachfolgend 1.). Im Hinblick auf die lediglich einen Teil dieses Schuldverhältnisses, nämlich Lieferungen der Klägerin zwischen dem 27. Januar 2011 und dem 31. März 2011 und darauf bezogene Kaufpreisansprüche betreffende Klageforderung sind die Lieferverträge *MoU II* und *MoU III* des Weiteren mit der durch die *Änderungsvereinbarung 2011* für diesen Zeitraum modifizierten Preisregelung zu beurteilen (nachfolgend 2.). Dies vorausgeschickt sind die streitgegenständlichen Kaufpreisansprüche sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach wirksam entstanden. Die Lieferverträge *MoU II* und *MoU III* sind - jedenfalls soweit es die Hauptleistungspflichten betrifft - wirksam zustande gekommen und bestanden unter der Maßgabe der auf sie bezogenen *Änderungsvereinbarung 2011* auch während des hier zu beurteilenden Zeitraums im ersten Quartal 2011 wirksam fort; sie unterliegen weder einer sich unter kartellrechtlichen oder schuldrechtlichen Gesichtspunkten ergebenden Nichtigkeitsfolge (nachfolgend 3.) noch einem berechtigten Anspruch der Beklagten gegen die Klägerin auf eine gegenüber der *Änderungsvereinbarung 2011* weiterreichende Preisreduzierung aus § 313 BGB (hierzu nachfolgend 4.). Die somit nach Grund und Höhe wirksam entstandenen Kaufpreisansprüche der Klägerin gegen die Beklagte sind fällig und durchsetzbar (hierzu nachfolgend 5.) und werden in ihrem Bestand

auch nicht von den Kündigungserklärungen – richtigerweise: Rücktrittserklärungen - zum einen der Beklagten vom 25. November 2011 und zum anderen der Klägerin vom 22. Dezember 2011 berührt (hierzu nachfolgend 6.). Schließlich sind die Kaufpreisansprüche auch nicht im Wege der von der Beklagten im Prozess hilfsweise erklärten Aufrechnung erloschen, da der insoweit zur Aufrechnung gestellte Gegenanspruch auf Herausgabe noch nicht zur Verrechnung gelangter Vorauszahlungsbeiträge nicht besteht (hierzu nachfolgend 7.). Soweit die Klägerin neben der Kaufpreiszahlung hierauf bezogene Verzugszinsen verlangt, besteht der dem Grunde und der Zinssatzhöhe nach gerechtfertigte Anspruch indes erst ab den im nunmehr neugefassten Ausspruch benannten Zeitpunkten (hierzu nachfolgend 8.). Im Einzelnen:

1. Bei den zwischen der Klägerin und der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin unter den Bezeichnungen *MoU II* im Jahr 2006 und *Mou III* im Jahr 2007 geschlossenen Verträgen handelt es sich um die Lieferbeziehung konkret und abschließend ausgestaltende Austauschverträge, auf welches die Vorschriften des Kaufs Anwendung finden.

a) Entgegen der in ihrem Vorbringen, aufgrund der von den Lieferverträgen jeweils umfassten Take-or-pay-Klausel und Verfallklausel *de facto* zu einem Bezug von der Klägerin anstatt von anderen (günstigeren) Herstellern gezwungen gewesen zu sein, anklingenden Auffassung der Beklagten handelt es sich bei den Lieferverträgen *MoU II* und *MoU III* nicht lediglich um Rahmenverträge. Obgleich der jeweilige Vertragswortlaut – nach den zu den Akten gereichten Übersetzungen – die Pflichten des Käufers dahin formuliert, dass dieser die Vertragsmengen während der Vertragslaufzeit „entsprechend zu kaufen“ (Ziff. 2. Satz 4 jedes Vertrages; aber auch Ziff. 3. Satz 1 jedes Vertrages) bzw. „zu erwerben“ (Ziff.10. Satz 2 jedes Vertrages; aber auch Ziff. 3. Satz 2 jedes Vertrages) hat, eröffnen diese Verträge nicht bloß eine auf Dauer angelegte und durch Einzelbestellungen noch zu konkretisierende Geschäftsverbindung, sondern gestalten bereits konkret und umfassend sowie abschließend das gegenseitige Austauschverhältnis.

Sämtliche essentialia negotii des Austauschvertrages sind in den streitgegenständlichen Lieferverträgen mit der erforderlichen Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit

vereinbart, so dass in Anbetracht der gesamten Vertragsregelungen für eine weitergehende einzelvertragliche Ausgestaltung der Lieferbeziehung weder Notwendigkeit noch Raum bleibt.

Dies gilt zum einen hinsichtlich der in Ziff. 3. Satz 1 jedes Vertrages ausdrücklich formulierten Verpflichtung der Klägerin, im Vertragszeitraum die Produkte „zu liefern“. Der Gegenstand dieser Lieferpflicht ist in Ziffer 1. jedes Vertrages in Verbindung mit der jeweiligen Anlage („Exhibit“) A zum Vertrag nach seiner Produktbeschaffenheit und in Ziffer 3. jedes Vertrages in Verbindung mit der jeweiligen Vertragsanlage („Exhibit“) B nach der zu liefernden Stückzahlmenge für eindeutig bezeichnete Zeiträume (monatliche Liefermenge und Gesamtmenge pro Kalenderjahr) in der konkret festgelegten Liefer- und Vertragsdauer (Ziff. 8. jedes Vertrages) bereits bestimmt. Hierbei stellen sich die auf konkrete Kalenderjahreszeiträume und darunter auf jeden Monat bezogenen Liefervolumina nicht als Mindest- oder bloß ausschöpfbare Maximalmengen, sondern als nach Umfang und Zeitraum fix abgesprochene Liefermengen dar, so dass sich kein durch Einzelverträge noch auszufüllender Abnahmerahmen ergibt. Dies zeigt sich auch in Ziff. 3. Satz 2 jedes Vertrages, wonach neben dem Preis auch „die Menge der vom Käufer zu erwerbenden Produkte in der Anlage B dargelegt“ sind.

Zum anderen umfasst jeder der Verträge die sich über die gesamte Vertragslaufzeit erstreckende Absprache eines hiernach zumindest hinreichend bestimmbaren Lieferentgelts. Ausgehend von einem für das erste Kalenderjahr des Lieferzeitraums in bestimmter Höhe festgelegten Stückpreis (Ziff. 3. jedes Vertrages i.V.m. der jeweiligen Vertragsanlage B) sehen die Verträge

(a) unter ihrer jeweiligen Ziffer 4. eine für die Folgejahre des vertraglichen Lieferzeitraums in ihren Voraussetzungen und Modalitäten (etwa Person des Berechtigten und anzuwendende Berechnungsformel) bestimmte Preisanpassungsregelung (Ziff. 4. jedes Vertrages) vor, welche

(b) unter Berücksichtigung der für das jeweilige Kalenderjahr ausdrücklich festgelegten Anrechnungsteile der Vorauszahlung (jeweils Vertragsanlage B, dort in der Spalte „Vorauszahlungsrest Zum Jahresende in €“)

eine hinreichende Bestimmbarkeit des sodann kalenderjährlich geltenden (Brutto- und Netto-)Stückpreises über die gesamte mehrjährige Vertragslaufzeit ermöglicht. Selbst die Auswirkungen einer eventuellen technischen Beschaffenheitsveränderung des Produkts auf den Preis haben die Vertragsparteien im jeweiligen „Zusatz #1 Wa-

fer-Dichten-Reduzierung" mit bestimmtem Inhalt geregelt. Daneben regelt der einzelne Liefervertrag ausdrücklich die Zahlungsbedingungen einschließlich der Zahlungsfälligkeit (Ziff. 6. jedes Vertrages). Ob die vertragliche Preisanpassungsregelung – wie die Beklagte geltend macht – unzureichend oder gar rechtswidrig ist, spielt für den Befund, dass die Parteien mit den streitbefangenen Lieferverträgen die Entgeltspflicht bereits umfassend ausgestalten haben, keine Rolle.

Anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der im Wesentlichen übereinstimmende Vertragswortlaut der verschiedenen Verträge – wie etwa in der „Take-or-pay“-Klausel in Ziff. 5. jedes Liefervertrages und in der Regelung des Ziff. 10 lit. (a) jedes Liefervertrages zur Vertragskündigung durch den Käufer - eine *Bestellung* der Beklagten erwähnt. Die damit als Voraussetzung einer Teillieferung vereinbarte Bestellung des Käufers ist indes nicht als eine auf den Abschluss von Einzelverträgen gerichtete Willenserklärung zu verstehen. Bei verständiger Würdigung ihres gesamten Inhalts lassen die Lieferverträge keinen Zweifel daran, dass die vereinbarten Jahresmengen zum einen von der Klägerin „zu liefern“ (Ziff. 3. Satz 1 jedes Vertrages) und zum anderen vom Käufer „unbedingt und unwiderruflich ... abzunehmen und zu zahlen“ (Ziff. 5. Satz 1 jedes Vertrages) sind; der Käufer soll verpflichtet sein, „die vertraglich vorgesehene Menge bis zum Vertragsende zu erwerben“ (Ziff. 10. Satz 2 jedes Vertrages). Es bleibt in Anbetracht dessen kein wirtschaftlicher Entscheidungsspielraum, ob und in welchen Stückmengen im Wege der vorgesehenen Bestellungen noch Einzelverträge geschlossen werden sollen. Dies verdeutlicht nicht zuletzt auch die „Take-or-pay“-Klausel in Ziffer 5. Satz 2 jedes Vertrages, nach welcher eine Zahlungspflicht des Käufers in voller Höhe auch im Hinblick auf nicht bestellte und nicht abgenommene Teile der „jährlich vertraglich vorgegebenen Menge“ bestehen soll; dient dies – die rechtliche Beurteilung dieser Klausel einmal dahingestellt – ersichtlich dazu, ein Erfüllungsinteresse der Klägerin abzusichern, bleibt nur das Vertragsverständnis, dass die Bestellung nicht einen Austauschvertrag begründen soll, sondern diesen bereits voraussetzt. Nur dieses Verständnis entspricht zudem der bei Vertragsschluss unstreitig zugrunde liegenden Interessenlage, in welcher für die Dauer der Vertragslaufzeit zum einen die Beklagte bzw. ihre Rechtsvorgängerin die Absicherung ihrer Versorgung mit den in den *MoU* festgelegten Wafermengen erreichen und zum anderen die Klägerin eine Absatzgarantie für den von ihr beabsichtigten Produktionsausbau erlangen wollten; der auf beiden Seiten gewünschten Sicherheit trägt nicht die Erwartung künftiger Umsatzverträge, sondern nur die Be-

gründung von langfristigen Leistungspflichten Rechnung. In der Gesamtbetrachtung kommt der vertraglich vorgesehenen Bestellung daher lediglich der Sinn eines die Fälligkeit von Teilleistungen begründenden Abrufs der bereits vereinbarten Lieferleistung zu.

b) Auf die so zu verstehenden Lieferverträge *MoU II* und *Mou III* finden nach § 651 Satz 1 BGB die Vorschriften des Kaufs Anwendung. Denn die in Rede stehenden Verträge sind auf die Lieferung von der Klägerin noch herzustellender beweglicher (vertretbarer) Sachen gerichtet. Hierbei liegt der mit der vereinbarten Lieferbeziehung bezweckte wirtschaftliche Erfolg in seinem Schwerpunkt nicht in der Herstellung, sondern in der einen Kauf gerade typisierenden Verschaffung der vertraglich beschriebenen Solarwafer – vor allem - in vereinbarter Menge während des vereinbarten Bezugszeitraums. Dies spiegelt sich nicht nur im Vertragswortlaut, wie er sich aufgrund der von der Beklagten zu den Akten gereichten und klägerseits inhaltlich nicht gerügten Übersetzung darstellt, wider, etwa soweit hiernach die beiderseitige Pflichtenlage in Ziffer 3. des jeweiligen Vertrages dahin charakterisiert wird, in der vereinbarten Vertragslaufzeit „die Produkte gemäß den Geschäftsbedingungen dieses Vertrages zu liefern (DS) und zu kaufen (Käufer)“. Der im bloßen Warenumsatz liegende Schwerpunkt der Verträge erschließt sich vor allem aus den unstreitigen Umständen, dass die den Vertragsgegenstand bildenden Solarwafern mit ihren festgelegten Produktspezifikationen nicht nur für die gewerblichen Zwecke der Beklagten verwendbar, sondern handelsüblich waren sowie darüber hinaus – wie vor allem das Beklagtenvorbringen zu seinerzeit alternativ zur Klägerin erwogenen Lieferanten wie auch zu späteren Ersatzbezügen von anderen Lieferanten aufzeigt - auch von anderen Herstellern ohne Weiteres geliefert werden konnten und wurden. Dementsprechend war nach dem – insoweit nicht bestrittenen - Beklagtenvorbringen das Interesse der Beklagten (bzw. ihrer Rechtsvorgängerin) an einem Vertragsschluss gerade mit der Klägerin nicht in einer bestimmten Beschaffenheit oder Qualität der von ihr lieferbaren Wafer, sondern in erster Linie in der Sicherstellung eines fortlaufenden Bezugs zur Weiterverarbeitung bestimmter Wafer in ausreichender Menge begründet.

2. Die sich hiernach darstellende Vertragslage ist im Streitfall darüber hinaus unter Berücksichtigung der *Änderungsvereinbarung 2011* zu beurteilen. Zwischen

den Parteien stehen Entgeltansprüche der Klägerin für auf der Grundlage der streitbefangenen Lieferverträge *MoU II* und *MoU III* zwar im Jahr 2010 bestellte, aber erst zwischen dem 27. Januar 2011 und dem 31. März 2011 ausgeführte Warenlieferungen an die Beklagte im Streit. Da eben diese Lieferchargen Gegenstand der unter dem 28. Dezember 2010/ 14. Januar 2011 zwischen den Parteien getroffenen *Änderungsvereinbarung 2011* waren, steht vorliegend diejenige Vertragslage zwischen den Parteien zur Beurteilung, die sich aus den streitbefangenen Lieferverträgen *MoU II* aus dem Jahr 2006 und *MoU III* aus Mai 2007 mit dem Inhalt ergibt, den sie durch die *Änderungsvereinbarung 2011* erfahren haben. Diesbezüglich hat das Landgericht – ohne dass die Parteien dies im Wege der Tatbestandsberichtigung nach § 320 ZPO oder mit der Berufung angegriffen haben oder sich sonst Zweifel an der Richtigkeit dieser Feststellungen ergeben – mit der Wirkung des § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO u.a. festgestellt (Urteilsdruck Seite 5):

„Hinsichtlich der von der Beklagten in 2010 gestellten (meint: bestellten), aber noch nicht erhaltenen Wafermengen ... verständigten die Parteien sich auf eine Nachholung der Lieferungen in 2011, und zwar zu den für dieses Jahr festgelegten – weiter reduzierten – Preisen. Allerdings wurde der Vorauszahlungsabzug den bereits geleisteten Anzahlungen entsprechend vermindert.“

Dies ist unter Berücksichtigung der von der Klägerin im Berufungsverfahren als Anlage K 12DE zu den Akten gereichten – und von der Beklagten nicht beanstandeten – Übersetzung der zuvor nur in englisch-sprachiger Originalfassung vorgelegten Kopie des „Amendment Agreement“ vom 28. Dezember 2010 / 14. Januar 2011 (Anlage K 12) wie folgt zu ergänzen:

Nach Ziffer (3) der *Änderungsvereinbarung 2011* sollten die für 2010 noch ausstehenden Liefermengen zu den für das Jahr 2011 in Ziffer (4) der *Änderungsvereinbarung 2011* festgelegten Preisen unter der Voraussetzung nachgeliefert werden, dass die Beklagte zuvor zum einen bis zum 21. Januar 2011 die in Gesamthöhe von 6.791.400,00 € noch offenstehende Entgeltschuld begleicht [Ziffer (1) der *Änderungsvereinbarung 2011*] und zum anderen hinsichtlich in Höhe von 11.600.000,00 € ebenfalls noch offenstehender Vorauszahlungen bis zum 1. Februar 2011 einen Zahlungsplan unterbreitet, der eine vollständige Zahlung bis spätestens 31. Dezember 2014 vorsieht [Ziffer (2) der *Änderungsvereinbarung 2011*]. Die unter Ziffer (4) der *Änderungsvereinbarung 2011* für das Jahr 2011 festgelegten Preise betragen

- im Fall des *MoU II* – 2,79 €/Stück abzüglich einer Vorauszahlungsanrechnung in Höhe von 0,34 € pro Stück, also 2,45 €/Stück,

und

- im Fall des *MoU III* – 2,54 €/Stück abzüglich einer Vorauszahlungsanrechnung von 0,09 € pro Stück, also ebenfalls 2,45 €/Stück.

Der gegenüber den ursprünglichen Vertragsfassungen reduzierte Betrag der Vorauszahlungsanrechnung pro Stück erklärt sich ausweislich Ziffer (4) Satz 4 der *Änderungsvereinbarung 2011* daraus, dass die Beklagte zu diesem Zeitpunkt – wie in Ziffer (2) der *Änderungsvereinbarung 2011* übereinstimmend festgestellt – ihren entsprechenden Zahlungspflichten noch nicht vollständig nachgekommen war. Zahlungen auf diesen Vorauszahlungsrückstand sollten gemäß Ziffer (4) Satz 5 der *Änderungsvereinbarung 2011* zu einer Anpassung des Anrechnungsbetrages im Jahr nach der Zahlung führen. Die Gültigkeit der Preisänderung war gemäß Ziffer (5) der *Änderungsvereinbarung 2011* – unter Vorsehung weiterer Preiserörterungen für das Jahr 2012 im Oktober 2011 oder sonst wieder geltender Originalpreise – ausdrücklich auf das Jahr 2011 beschränkt.

3. Die Lieferverträge *MoU II* und *MoU III* sind - jedenfalls soweit es die Hauptleistungspflichten betrifft - wirksam zustande gekommen und bestanden unter Geltung der durch die *Änderungsvereinbarung 2011* modifizierten Preisregelung während des streitbefangenen Lieferzeitraums im ersten Quartal 2011 wirksam fort. Der von der Beklagten erhobene Gesamtnichtigkeitseinwand greift nicht durch.

a) Die in Rede stehenden Lieferverträge unterliegen nicht der Nichtigkeitsfolge des Art. 81 Abs. 2 EGV (nunmehr Art. 101 Abs. 2 AEUV). Hiervon ist auszugehen, weil die Beklagte einen hierzu führenden Verstoß gegen das gemeinschaftsrechtliche Verbot einer wettbewerbsbeschränkender Vereinbarung in Art. 81 Abs. 1 EGV (nunmehr Art. 101 Abs. 1 AEUV) nicht in erheblicher Weise dargetan hat.

aa) Nach Art. 81 Abs. 1 EGV ist – was im Streitfall allein von Interesse ist – eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten. Ist eine unter die

Voraussetzungen des Kartellverbots fallende Vereinbarung nach Maßgabe des Art. 81 Abs. 3 EGV nicht ausnahmsweise vom Regelfallverbot freigestellt, unterliegt sie der grundsätzlich *ex tunc* wirkenden (vgl. *Karsten Schmidt* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1, 5. Aufl., Art. 101 Abs. 2 AEUV Rn. 15 m.w.N.) Nichtigkeitssanktion des Art. 81 Abs. 2 EGV. Die Nichtigkeitsfolge tritt dabei *ex lege* unmittelbar ein, ohne dass es im Anwendungsbereich des deutschen Rechts eines Rückgriffs auf § 134 BGB bedarf (*Karsten Schmidt*, a.a.O., Art. 101 Abs. 2 AEUV Rn. 2 und 14 jeweils m.w.N.).

bb) Dem normativen Konzept von Regelverbot (Art. 81 Abs.1 EGV) und Legalausnahme (Art. 81 Abs. 3 EGV) entsprechend ist die Darlegungs- und Beweislast geteilt, was im Streitfall dazu führt, dass der Beklagten die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Umstände obliegt, welche den Tatbestand des Regelverbots in Art. 81 Abs. 1 EGV begründen und damit zu der von ihr geltend gemachten Nichtigkeitsfolge führen.

Dies ergibt sich aus Art. 2 der *Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln* (Kartellverfahrens-VO). Hiernach obliegt in allen einzelstaatlichen und gemeinschaftlichen Verfahren zur Anwendung der Artt. 81 und 82 EGV die Beweislast für eine Zuwiderhandlung gegen Art. 81 Abs. 1 oder Art. 82 EGV derjenigen Partei, die diesen Vorwurf erhebt; demgegenüber obliegt die Beweislast für die eine Freistellung vom Regelverbot nach Art. 81 Abs. 3 EGV dem sich auf diese Bestimmung berufenden Unternehmen (bzw. dem Prozessgegner).

Die Beweislastregeln des Art. 2 Kartellverfahrens-VO beanspruchen (unmittelbare) Geltung für alle unionsrechtlichen und einzelstaatlichen Verfahren zur Durchsetzung der Verbote der Artt. 81 und 82 EGV (vgl. *Karsten Schmidt* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 2, 5. Aufl., Art. 2 VO 1/2003 Rn. 16 und 21), so dass sie unzweifelhaft auch im Zivilprozess vor den einzelstaatlichen Gerichten gelten (vgl. *Karsten Schmidt*, a.a.O., Art. 2 VO 1/2003 Rn. 17 m.w.N.). Inhaltlich regelt die Bestimmung zwar lediglich die materielle Beweislast, d.h. das Risiko der tatsächlichen Nichtaufklärbarkeit (vgl. *Karsten Schmidt*, a.a.O., Art. 2 VO 1/2003 Rn.22 und 3). Im vom Beibringungsgrundsatz beherrschten (deutschen) Zivilprozess korrespondiert damit zugleich aber auch die prozessuale Darlegungs- und Beweisführungslast, also die prozessuale Obliegenheit, Tatsachenbe-

hauptungen in ein Verfahren einzubringen und diesbezügliche Beweismittel beizubringen (vgl. *Karsten Schmidt*, a.a.O., Art. 2 VO 1/2003 Rn. 22, 35 m.w.N.). Daher gilt nach Art. 2 Kartellverfahrens-VO auch im Hinblick auf die Darlegungslast, dass derjenige, der sich im Rechtsstreit zwischen privaten Rechtssubjekten zur Begründung seines Klagebegehrens oder Verteidigungsvorbringens auf einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 stützt, durch Darlegung der die geltend gemachte Kartellrechtswidrigkeit begründenden Tatsachen für die Schlüssigkeit bzw. Erheblichkeit seines Vorbringens Sorge tragen muss, während dem Prozessgegner die Darlegungslast für das Eingreifen der Legalausnahme gemäß Art. 81 Abs. 3 EGV obliegt (vgl. *Karsten Schmidt*, a.a.O., Art. 2 VO 1/2003 Rn. 35). Dies entspricht überdies auch den allgemeinen prozessualen Grundsätzen zur Darlegungs- und Beweislastverteilung im deutschen Prozessrecht (vgl. *Karsten Schmidt*, a.a.O., Art. 2 VO 1/2003 Rn. 36 m.w.N.), wonach im Grundsatz derjenige, der sich auf die Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts beruft, die Tatsachen darlegen und gegebenenfalls beweisen muss, aufgrund derer sich der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder das Vorliegen eines anderen Unwirksamkeits- bzw. Nichtigkeitsgrund ergibt (vgl. BGH, Urteil vom 13.01.1983 – III ZR 88/81, WM 1983, 500 – 503, zitiert nach juris Rz. 23).

Soweit die Beklagte demgegenüber unter Berufung auf den Grundsatz des *effet utile* die Regelung des Art. 2 Kartellverfahrens-VO auf die materielle Beweislast beschränken will und anstelle der Darlegungslast eine Amtsermittlungspflicht des Zivilgerichts annimmt, kann dem schon auf erste Sicht nicht gefolgt werden. Die Anwendung nationalen Verfahrensrechts im Rahmen des Art. 81 EGV steht zwar unter dem Vorbehalt der gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze und damit auch des *effet utile*, so dass nationale Verfahrensregeln die volle Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit des Unionsrechts nicht beeinträchtigen dürfen (*Karsten Schmidt*, a.a.O., Art. 2 VO 1/2003 Rn. 23 m.w.N.). Dies betrifft in erster Linie jedoch die Anwendung und Auslegung des nationalen Verfahrensrechts dahin, dass sich das Unionsrecht bestmöglich durchsetzt. Das für die einzelstaatlichen Gerichte geltende und von ihnen zu beachtende Verfahrensrecht bleibt indes der prozessuale Rahmen für die möglichst effektive Umsetzung des Gemeinschaftsrechts. Schon vor diesem Hintergrund sind die deutschen Gerichte durch das Effizienzgebot nicht gehalten, für die Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Verbote der Artt. 81, 82 EGV andere prozessuale Verfahrensgrundsätze als bei der Anwendung nationaler Verbotsgesetze und Unwirksamkeitsgründe zugrunde zu legen. Unabhängig davon ist die effektive Anwendung und

Umsetzung der materiell-rechtlichen Verbote der Artt. 81, 82 EGV durch die deutschen Zivilgerichte aber nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Prozesspartei, welche ihr Klagebegehren oder ihre Verteidigung gegen eine Klage auf die Kartellrechtswidrigkeit stützt, die prozessuale Obliegenheit auferlegt wird, den dies begründenden Tatsachenstoff selbst beizubringen; den Gesichtspunkten der Möglichkeit und Zumutbarkeit des erforderlichen Tatsachenvorbringens wird durch die im deutschen Zivilprozessrecht anerkannten Grundsätze zur sekundären Behauptungslast sowie durch die prozessuale Erklärungspflicht gemäß §138 ZPO und deren Auswirkungen auf den Umfang der Substantiierungslast hinreichend Rechnung getragen.

cc) Der ihr obliegenden Darlegungslast hat die Beklagte nicht genügt.

Kern ihres Vorbringens ist es, durch die wirtschaftlichen Nachteile, die ihr insbesondere aufgrund der Vertragsbestimmungen in Ziff. 5. Satz 2 Liefervertrag (*Take-or-pay*-Klausel) und Ziff. 2. Satz 2 Liefervertrag (Verfallklausel) sonst gedroht hätten, *de facto* davon abgehalten worden zu sein, die vertragsgegenständlichen Liefermengen während der Vertragsdauer (zu günstigeren Konditionen) von anderen Herstellern zu beziehen; da die in den Lieferverträgen *MoU II* und *MoU III* vereinbarten Wafermengen – wie sie ferner behauptet hat – zugleich ihren nahezu gesamten Bedarf während der Vertragsdauer abgedeckt hätten, habe dieser faktische Bezugszwang zu ihrer Exklusivbindung an die Klägerin als einzige Lieferantin geführt (so beispielsweise Klageerwiderung Seite 25, GA 94, und Schriftsatz der Beklagten vom 30.04.2013, Seite 2, GA 707). Zur Substantiierung der von ihr behaupteten Gesamtbedarfsdeckung hat die Beklagte des Weiteren zu ihren zum einen bei der Klägerin und zum anderen bei Drittunternehmen eingekauften Bezugsmengen in den Jahren 2007 bis 2011 bei der Klägerin und bei Dritten vorgetragen und diese ins Verhältnis gesetzt (so etwa Berufungsbegründung Seite 13, GA 454).

Ihr diesbezügliches tatsächliches Vorbringen vermag jedoch eine im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EGV tatbestandliche Wettbewerbsbeschränkung nicht nachvollziehbar zu belegen.

(1) Eine von Art. 81 Abs. 1 EGV mit dessen Tatbestandsformen der Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs zusammengefasst erforderte Wettbewerbsbeschränkung (vgl. *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU / Teil 1, 5. Aufl., Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 106 – 108 mit

Darstellung des Meinungsstandes) liegt in der Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit (vgl. EuGH, Urteil vom 28.04.1998 – C-306/96, Slg. 1998, I-1983 – 2009, Tz. 13, 15 – *Javico/Yves Saint Laurent*; vgl. ferner *Emmerich*.a.a.O., Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 109 f. m.w.N.) eines an der Maßnahme beteiligten Unternehmens oder Drittunternehmens (vgl. *Emmerich*.a.a.O., Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 109 – 120 unter Darstellung der wesentlichen Judikatur der Unionsgerichte) darin, sein Marktverhalten als Anbieter oder Nachfrager selbständig zu bestimmen (vgl. EuGH, Urteil vom 23.11.2006 – C-238/05, Slg. 2006, I-11125-11168, Tz. 52 – *Asnef Equifax*). Dies setzt voraus, dass dem betroffenen Unternehmen neben der Handlungsweise, welche durch die Maßnahme bezweckt oder bewirkt wird, Handlungsalternativen tatsächlich offen stehen (vgl. hierzu *Emmerich*.a.a.O., Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 109 m.w.N.), so dass die mit der Verhaltensweise begründete Bindung im Marktverhalten nicht den normalen Bedingungen des betroffenen Marktes entspricht (vgl. EuGH, a.a.O.). In dieser Selbstbestimmungsfreiheit schützt Art. 81 Abs. 1 EGV gleichermaßen den aktuellen wie den potentiellen Wettbewerb in all seinen Erscheinungsformen gegen horizontale wie gegen vertikale Beschränkungen (*Emmerich*, a.a.O., Art. 101 Abs. 1 Rn. 111 m.w.N., 122).

Bezweckt ist die so zu verstehende Wettbewerbsbeschränkung, wenn der fraglichen Maßnahme ihrer Art nach eine objektiv wettbewerbsbeschränkende Tendenz innewohnt (vgl. zu allem *Emmerich*, a.a.O., Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 174 m.w.N.). Bewirkt ist die Wettbewerbsbeschränkung, wenn die fragliche Maßnahme – auch ohne dass ihr eine objektiv wettbewerbsbeschränkende Zielsetzung innewohnt – geeignet ist, entsprechende Auswirkungen auf die Kartellbeteiligten oder auf Dritte zu entfalten (vgl. *Emmerich*, a.a.O., Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 179 m.w.N.). In beiden Fällen ist grundsätzlich eine umfassende Würdigung der Maßnahme und ihrer Zweckrichtung bzw. Wirkung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und ihres wirtschaftlichen sowie rechtlichen Gesamtzusammenhangs geboten, wobei sich die wettbewerbsbeschränkende Zielsetzung oder Wirkung auch aus der zusammenfassenden und einheitlichen Betrachtung mehrerer, an sich getrennter und für sich genommen unbedenklicher Maßnahmen der Beteiligten ergeben kann (vgl. *Emmerich*, a.a.O., Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 175, 180). Dabei ist stets zu berücksichtigen, dass nicht jede Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der an der Maßnahme Beteiligten oder Dritter zwangsläufig unter das Kartellverbot fällt; bei der Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EGV (bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV) ist vielmehr der

– rechtliche und wirtschaftliche - Gesamtzusammenhang, in dem die Maßnahme zustande kommt oder ihre Wirkungen entfaltet, insbesondere ihre Zielsetzung dahingehend zu würdigen, ob die mit der Maßnahme verbundene wettbewerbsbeschränkende Wirkung den Schutz des Wettbewerbs durch das Kartellverbot – unter Berücksichtigung des damit angestrebten Funktionierens des Binnenmarktes – erfordert (vgl.: EuGH, Urteil vom 19.02.2002 – C-309/99, Slg. 2002, I-1577, Tz. 97. – *Wouters*; Urteil vom 18.07.2006 – C- 519/04, Slg. 2006, I -6991, Tz. 42. - *Meca-Medina*; *Emmerich*, a.a.O., Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 112 f., 116 f.).

(2) Soweit die Beklagte vorträgt, durch die *Take-or-pay*-Klausel und die Vorauszahlungsregelung einem Bezugszwang zu unterliegen, ist die dem immanente Geltendmachung einer Einschränkung in der Dispositionsfreiheit der Beklagten keine im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EGV tatbestandliche Wettbewerbsbeschränkung.

Die geltend gemachte Einschränkung resultiert im Kern nicht aus den wirtschaftlichen Nachteilen, die aufgrund der Vertragsbestimmungen drohen mögen, sondern aus der Bindungswirkung der mit der Klägerin unter Einschränkung der Kündigungsmöglichkeiten geschlossenen Kaufverträge an sich.

Dies gilt zum einen im Hinblick auf den immanent vorgetragenen Zwang, aufgrund der *Take-or-pay*-Klausel auch bei Nichtabnahme den vollen Kaufpreis für die jeweilige Jahresstückmenge entrichten zu müssen und deshalb „gebunden“ gewesen zu sein, während der Vertragslaufzeit die mit der Klägerin vereinbarten Wafermengen von dieser anstatt von Dritten zu beziehen. Der – nicht nur faktischen, sondern rechtlichen – Verpflichtung, die vereinbarten Wafermengen in den vertraglich festgelegten Lieferzeiträumen in vollem Umfang abzunehmen, unterlag die Beklagte nicht erst aufgrund der beanstandeten Vertragsbestimmung, sondern aufgrund des jeweiligen Liefervertrages in Verbindung mit §§ 651, 433 Abs. 2 BGB.

Soweit die Beklagte zum anderen einen faktischen Zwang durch die vertragliche Vorauszahlungsregelung geltend macht, bezieht sich dies offensichtlich auf den davon umfassten Ausschluss einer Erstattungsfähigkeit der Vorauszahlung. Diesbezüglich ist zu differenzieren: Nach Ziff. 2. jedes Liefervertrages ist der Käufer zur Leistung einer Vorauszahlung verpflichtet, welche in festgelegten Anteilen auf den im Vertrag bestimmten bzw. aus dem Vertrag bestimmbaren Kaufpreis über die gesamte Vertragsdauer sukzessive zu verrechnen ist (Satz 1, 2 und 4); in Anbetracht dieser primären Verrechnungsabrede bezieht sich der in Satz 1 und 3 der Vertrags-

klausel vereinbarte Ausschluss der Erstattungsfähigkeit (meint: Rückzahlung) der Vorauszahlungen allein auf den Fall der vorzeitigen, d.h. vor vollständiger Verrechnung eintretenden Vertragsbeendigung; insoweit ist der Verfall geleisteter Vorauszahlungen unabhängig davon vereinbart, auf welchen Grund die vorzeitige Vertragsbeendigung zurückzuführen ist und wessen Risikosphäre dieser Grund zuzurechnen ist. Der geltend gemachte Zwang stellt sich angesichts dieses Klauselverständnisses dahin dar, dass die Beklagte – will sie nicht den endgültigen Verlust noch nicht zur Verrechnung gelangter Vorauszahlungsteile riskieren - sich nicht vom Liefervertrag vorzeitig lösen kann, um anstatt der Klägerin einen anderen Lieferanten (mit günstigeren Konditionen) zu wählen. Nicht zuletzt unter Berücksichtigung des beispielsweise auch in Ziff. 10. Satz 1 -3 jedes Liefervertrages zum Ausdruck kommenden Interesses der Klägerin an einer Amortisation ihrer Produktionsinvestitionen ist die Verfallklausel in Ziff. 2. Satz 2 Liefervertrag auf die faktische Sicherung der Vertragstreue des Käufers gerichtet; dieser soll vor allem von einer leichtfertigen unberechtigten Kündigung oder der Provokation einer klägerseitigen Kündigung durch nachhaltige Nichterfüllung der Abnahmepflichten abgehalten werden. Das Zusammenspiel von Verrechnungsabrede und Verfallsbestimmung lässt ohne weiteres den Zweck erkennen, die vollständige, unter dem Gesichtspunkt des durch sukzessive Verrechnung kontinuierlich schmelzenden Verlustrisikos zumindest aber weitgehende Durchführung des langfristigen Vertrages faktisch abzusichern und die Vertragsbindung aufrechtzuerhalten. Dies bezweckt und bewirkt eine Einschränkung der Vertragsfreiheit, namentlich in deren Aspekt der Vertragsauflösungsfreiheit, was die – an dieser Stelle nicht zu erörternde - Frage nach der Vertragsgerechtigkeit und den Grenzen privatautonomer Gestaltungsfreiheit aufwerfen mag. Indes berührt die faktische Verstärkung der Vertragsbindung *für sich genommen* noch nicht den wettbewerbsrelevanten Entscheidungsspielraum des Käufers im Hinblick auf die Auswahl eines anderen Lieferanten; für die wettbewerbliche Selbstbestimmungsfreiheit besteht erst wieder Raum, wenn die Frage einer rechtlich zulässigen Loslösung vom Vertrag geklärt wäre; im Hinblick auf diesen Freiheitsraum treffen die Lieferverträge indes keine – beispielsweise im Sinne eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots - einschränkenden Bestimmungen.

Die im Kern somit in der Bindungswirkung des Vertrags an sich liegende Einschränkung, die vertraglichen Pflichten zu erfüllen und sich vertragstreu zu verhalten, stellt keine im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EGV tatbestandliche Wettbewerbsbe-

schränkung dar. Der Rechtsgrundsatz des *pacta sunt servanda* gehört zu den regulären Bedingungen jeden Wettbewerbs.

(3) Das tatsächliche Vorbringen der Beklagten trägt schließlich auch nicht ihre Behauptung einer wettbewerbsbeschränkenden Alleinbezugsvereinbarung.

Unter einer Alleinbezugsverpflichtung ist die Beschränkung des Abnehmers im Vertikalverhältnis zu verstehen, die vertraglich bezeichneten Waren oder gewerblichen Dienstleistungen von einem bestimmten Lieferanten, nicht aber von vertraglich hierzu nicht vorgesehenen Dritten zu beziehen (vgl.: *Zimmer* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB, 4. Aufl., § 1 Rn. 374; *Bechtold*, GWB, 5. Aufl., § 1 Rn. 54). Bezweckt oder bewirkt eine Vereinbarung eine solche Alleinbezugsverpflichtung, unterfällt sie allerdings nicht unweigerlich dem Tatbestand des Kartellverbots. Vielmehr ist eine differenzierte Beurteilung geboten, die den mit der Einschränkung der Dispositionsfreiheit des Abnehmers regelmäßig einhergehenden beiderseitigen wettbewerbliehen Vorteilen und positiven Wettbewerbseffekten bereits auf der Tatbestandsebene Rechnung trägt (vgl.: EuGH, Urteil vom 28.02.1991 - C 234/89, Slg. 1991, I - 935-996, Tz. 11 f. – *Delimitis/Henningerbräu*; *Zimmer* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU / Teil 1, 5. Aufl., Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 280 sowie in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, 4. Aufl., § 1 Rn. 376 jeweils m.w.N.). Vor diesem Hintergrund gewinnt der Gesichtspunkt wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen der Vereinbarung auf Drittunternehmen maßgebliche Bedeutung: Die Grenze zur im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EGV tatbestandlichen Wettbewerbsbeschränkung ist überschritten, wenn die Alleinbezugsverpflichtung unter Gesamtberücksichtigung ihrer Auswirkungen auf die Marktsituation und Marktprozesse zu einer *marktabstottenden Wirkung* führen kann oder in erheblichem Maße dazu beiträgt (vgl. EuGH, a.a.O., Tz. 15; vgl. ferner *Bechtold*, GWB, 5. Aufl., § 1 Rn. 56).

Voraussetzung für das Eingreifen des gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbots im Streitfall ist daher *zum einen*, dass eine Alleinbezugsbindung zwischen den Parteien vorliegt. Ist dies der Fall, liegt hierin nur dann eine im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EGV tatbestandliche Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Exklusivbindung der Beklagten an die Klägerin *zum anderen* aufgrund der am betroffenen Markt vorherrschenden Wettbewerbsbedingungen geeignet ist, eine Marktabstottungswirkung herbeizuführen bzw. hierzu erheblich beizutragen. Beide Voraussetzungen hat die

Beklagte, der – wie bereits ausgeführt – insoweit die Darlegungslast obliegt, indes nicht substantiiert dargelegt.

(3.1) Dies gilt bereits hinsichtlich der Ausgangsvoraussetzung des Bestehens einer Alleinbezugsbindung.

Eine Ausschließlichkeitsbindung muss sich nicht zwingend ausdrücklich oder unmittelbar aus der Vereinbarung ergeben. Es genügt vielmehr, dass die Vereinbarung mittelbar zur Ausschließlichkeit führt, wenn die vereinbarte Liefermenge den *erwarteten* Gesamtbedarf des Abnehmers vollständig oder nahezu abdeckt; in diesem Fall bleibt die Streuung der Bezugsquellen zwar de iure möglich, ist wirtschaftlich betrachtet aber de facto (nahezu) ausgeschlossen (vgl.: *Zimmer* in *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB*, 4. Aufl., § 1 Rn. 374.; *Bechtold*, a.a.O., § 1 Rn. 56). Derartige Vereinbarungen sind wegen ihrer Wirkungen einer ausdrücklich vereinbarten Gesamtbedarfsdeckung gleich zu erachten (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 20.06.2006 – VI-2 Kart 1/06 (V), WuW/E DE-R 1757 – 1774, zitiert nach juris Rz. 54 – *E.ON -Ruhrigas*). Eine solche faktische Gesamtbedarfsdeckung ist anzunehmen, wenn die vereinbarten Vertragsmengen so hoch festgesetzt sind, dass sie den Gesamtbedarf des Vorjahres und den voraussichtlichen Mehrbedarf der kommenden Vertragsjahre wirtschaftlich betrachtet nahezu ganz umfassen (vgl.: OLG Düsseldorf, a.a.O. m.w.N.). Hiervon wird unter Berücksichtigung der gemeinschaftsrechtlichen Begriffsbestimmung in

Art. 1 Abs. 1 lit. d) der *Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Art. 101 Absatz 3 des AEUV* (nachfolgend: Vertikal-GVO)

bzw. deren Vorgängerbestimmung Art. 1 Abs. 1 lit. b) *Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen*

bei einem Abdeckungsgrad ab 80 % des so prognostizierten Gesamtbedarfs regelmäßig auszugehen sein. Bezugsverträge, die Bedarfsdeckungen im Umfang von 80 % und darüber hinaus enthalten, erreichen bei wirtschaftlicher Betrachtung annähernd das Niveau einer Gesamtbedarfsdeckung (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 20.06.2006 – VI-2 Kart 1/06 (V), WuW/E DE-R 1757 – 1774, zitiert nach juris Rz. 54 – *E.ON -Ruhrigas*). Da eine Bezugsverpflichtung bis zu dieser Schwelle selbst bei

Langfristigkeit nach Maßgabe vorgenannter gemeinschaftsrechtlicher Freistellungsregelungen nicht einmal als freistellungsbedürftig anzusehen ist, kommt ihr demgegenüber gemessen am gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbot *in der Regel* keine Wettbewerbsrelevanz zu (vgl. *Bechtold*, *GWB*, 5. Aufl., § 1 Rn. 56). Bei alledem darf die Beurteilung nicht bei dem einzelnen Vertrag stehen bleiben. Vielmehr muss wegen der gebotenen umfassenden Berücksichtigung des wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhangs der vertikalen Vereinbarung die kumulative Wirkung zwischen den Vertragsbeteiligten geschlossener gleichartiger Verträge berücksichtigt werden.

Hiernach wäre eine wettbewerbsbeschränkende Ausschließlichkeitsbindung im Streitfall anzunehmen, wenn die in den vier mit *MoU II* und *MoU III* gekennzeichneten Lieferverträgen festgelegten Liefermengen in ihrer Kumulation 80 % und mehr des bei letztem Vertragsschluss erwarteten Gesamtbedarfs der Beklagten im vertraglichen Lieferzeitraum von 2007 bis 2018 abgedeckt hätten. Dies hat die Beklagte indes nicht substantiiert dargetan.

(3.1.1) Substantiiert hat die Beklagte lediglich dargelegt, dass ihre tatsächlichen jährlichen Einkaufsmengen im Zeitraum 2007 bis zur unstreitigen Beendigung des Vertrages Ende 2011, so wie sich also ihr Bedarf später effektiv entwickelt hat, zu durchschnittlich 87,29 % durch Lieferungen der Klägerin abgedeckt worden seien; im Einzelnen hat sie auf der Grundlage der für tatsächliche Jahresbezüge an ihre Lieferanten entrichteten Kaufpreiszahlungen vorgetragen, Wafer

im Jahr 2007	zu 86,659 %,
im Jahr 2008	zu 97,9 %,
im Jahr 2009	zu 99,339 %,
im Jahr 2010	zu 93,614 %
und im Jahr 2011	zu 75,738 %

bei der Klägerin eingekauft zu haben, wobei die Reduzierung der Einkäufe bei der Klägerin im Jahr 2011 – wie die Beklagte behauptet hat – auf eine klägerseitige Belieferungsverweigerung zurückzuführen sei (zu allem Berufungsbegründung Seite 13 f., GA 454 f.).

(3.1.2) Dieses Vorbringen ist bereits an sich unter Einschränkungen zu würdigen. Zum einen ist die nicht an Stückzahlen, sondern an der Vergütung orientierte Gegenüberstellung aufgrund – wie die hierzu vorgelegte Anlage B 37 aufzeigt - teil-

weise differierender Stückpreise höchst eingeschränkt geeignet, den Mengenbedarf und dessen Abdeckungsgrad durch Lieferungen der Klägerin plausibel darzutun. Zum anderen lässt dieses Vorbringen der Beklagten völlig offen, inwieweit die angeführten Einkäufe bei der Klägerin überhaupt auf den zur Beurteilung stehenden langfristigen Lieferverträgen *MoU II* und *MoU III* beruhen. So ergibt sich aus der von der Beklagten selbst vorgelegten Anlage B 2, einer Auflistung der Auszahlungen allein an die Klägerin im Jahr 2009, dass in jenem Jahr eine Belieferung durch die Klägerin nicht ausschließlich aufgrund der streitbefangenen Lieferverträge erfolgte: rund 32 % der damaligen klägerischen Jahresliefermenge (3.010.350 Stück von insgesamt 9.406.264 Stück) bzw. rund 25 % der dafür an die Klägerin in 2009 entrichteten Zahlungen (6.020.700 € von 24.431.038 €) sind hiernach – wie es in der von der Beklagten zu den Akten gereichten Übersetzung heißt – „außervertraglich“ bezogen bzw. gezahlt worden; unter Berücksichtigung einerseits des unwidersprochen geblieben klägerischen Vorbringens zur Differenzierung zwischen langfristigen Lieferverträgen und sogenannten „Spotmarktkäufen“ sowie andererseits des aus der Anlage B 2 ersichtlichen Stückpreises der außervertraglichen Einkäufe bei der Klägerin (2,00 € anstatt – im Falle der dort ebenfalls dargestellten Langfristverträge – durchschnittlich 3,10 bzw. 3,91 €) kann es sich bei den außervertraglichen Einkäufen nur um zusätzliche, beiderseits kurzfristig zu erfüllende Einzelkaufverträge handeln.

(3.1.3) In jedem Fall ist dieses Vorbringen der Beklagten aber nicht geeignet, in verfahrensrechtlich erheblicher Weise den Einwand einer wettbewerbsrelevanten Ausschließlichkeitsbindung durch eine nahezu Gesamtbedarfsdeckung darzulegen.

Diesbezüglich ist nicht die von der Beklagten lediglich vorgenommene *ex post*-Bewertung der Abdeckung ihres tatsächlich eingetretenen Bedarfs maßgeblich. Der so betrachtete Abdeckungsgrad kann auf Umständen beruhen, die der realen Entwicklung beispielsweise des Marktes, des Geschäfts des Abnehmers sowie dessen Unternehmens- und Geschäftspolitik außerhalb jeder Einflussmöglichkeit des bindenden Lieferanten entspringen. Die im Nachhinein so entstandene faktische Abnahmebeschränkung auf im Wesentlichen diesen einen Lieferanten ist nicht auf den zu beurteilenden Vertrag zurückzuführen. Er ist daher wirtschaftlich betrachtet einer unmittelbaren Exklusivvereinbarung nicht gleichzustellen. Insbesondere ergibt sich in einem solchen Fall nicht eine dem Vertrag objektiv innewohnende Zielsetzung oder von vornherein bestehende Wirkungseignung zu einer exklusiven Beschränkung der

Dispositionsfreiheit des Abnehmers und/oder Marktabstottung gegenüber aktuellen oder potentiellen Drittlieferanten.

Entscheidend ist vielmehr der im Zeitpunkt des – hier: letzten – Vertragsschlusses sich als voraussichtlich (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 20.06.2006 – VI-2 Kart 1/06 (V), WuW/E DE-R 1757 – 1774, zitiert nach juris Rz. 54 – E.ON – Ruhrgas) bzw. zu erwarten (Zimmer in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, 4. Aufl., § 1 Rn. 374) darstellende Gesamtbedarf im Vertragszeitraum und dessen Abdeckung durch die vereinbarte – kumulierte – Liefermenge. Hierbei wird es sich regelmäßig anbieten, der gebotenen Gesamtbedarfsprognose zum einen in Anlehnung an die gemeinschaftsrechtliche Begriffsbestimmung – etwa in Art. 1 Abs. 1 lit. b) Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 und Art. 1 Abs. 1 lit. d) Verordnung (EU) Nr. 330/2010 – den feststellbaren *Gesamtbedarf des Vorjahres* zugrunde zu legen. Bei dieser Anknüpfunggrundlage darf die Prognose wegen ihrer Zukunftsgerichtetheit jedoch nicht stehen bleiben, sondern muss daneben zum anderen auch einen *voraussichtlichen Mehrbedarf der kommenden Vertragsjahre* ins Kalkül ziehen (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.). In die Schätzung sind daher stets auch solche im Zeitpunkt des fraglichen Vertragsschlusses greifbaren Anhaltspunkte einzubeziehen, die Rückschlüsse auf die künftige Entwicklung des Abnehmers und seines Gesamtbedarfs im bevorstehenden Vertragszeitraum erlauben. Im Streitfall kann indes auf einen Gesamtbedarf des Vorjahres als objektivierbaren Ansatzpunkt der gebotenen Prognose schon deshalb nicht abgestellt werden, weil die Beklagte – worauf sie sich selbst beruft (Berufungsbegründung Seite 14, GA 455) – vor 2007 mit der Solarzellen-Produktion noch nicht begonnen hatte und deshalb einen solchen Bedarf nicht hatte. Überdies muss die im Streitfall gebotene Prognose den wirtschaftlichen Zweck der streitbefangenen Lieferverträge gewichtend einbeziehen; dieser bestand unstreitig darin, mit dem auf das Jahr 2009 hinausgeschobenen Lieferzeitbeginn ausschließlich eine nach der (damaligen) unternehmerischen Planung der Beklagten künftig erheblich expandierende Weiterverarbeitungskapazität zu bedienen. Für die Frage des zu prognostizierenden Gesamtbedarfs und dessen Abdeckung durch die streitbefangenen Lieferverträge kommt in Anbetracht all dieser Gesichtspunkte der seinerzeitigen Geschäftsplanung der Beklagten entscheidende Bedeutung zu. Diese hat die Beklagte zwar nicht im Einzelnen dargelegt, soweit sich diesbezüglich aber Anhaltspunkte aus ihrem Vorbringen wie auch aufgrund des unstreitigen Sachstan-

des ergeben, sprechen diese gegen die Annahme einer wirtschaftlichen nahezu Gesamtbedarfsdeckung:

(a) Nach ihrem eigenen Vortrag hatte die Beklagte im Jahr 2007 über eine Zellenproduktionsfähigkeit von „30 MW“ verfügt (so beispielsweise Berufungsbegründung Seite 7, GA 448, und 11, GA 452). Dies entsprach – wie sich aus dem als Anlage B 35 mit der Überschrift [REDACTED] DIE ERSTEN ERGEBNISSE“ in Übersetzung vorgelegten Firmendokument ergibt – der Leistungsfähigkeit der spätestens seit April 2007 realisierten ersten Produktionsreihe. Wie sich des Weiteren aus dem als Anlage B 19 von der Beklagten in Übersetzung zu den Akten gereichten Protokoll der „Gesellschafterversammlung vom 15.12.2006 zum Tagesordnungspunkt Rohmaterial“ ergibt, beabsichtigte die Beklagte die Installation weiterer drei Produktionsreihen, von denen – nunmehr wieder laut Anlage B 35 sowie eines als Anlage B 36 in Übersetzung vorgelegten weiteren Firmendokuments – die zweite Reihe ab „April 2009“ mit „60 MW“ und die dritte Reihe ab „April 2010“ mit „30 MW“ Leistungsfähigkeit eingerichtet wurden.

Des Weiteren heißt es in dem bereits erwähnten Gesellschafterversammlungsprotokoll der Beklagten vom 15. Dezember 2006 (Anlage B 19, dort Seite 2) zu den drei mit der Klägerin in jenem Jahr abgeschlossenen Lieferverträgen (*MoU II*), dass der Beklagten

„...die Möglichkeit eingeräumt worden ist, den ersten jahrzehntelangen Vertrag zu unterschreiben (der uns 55 % der Produktion gewährleistete), sowie die zwei Folgenden im Oktober und November, die uns zu 90 % eine Deckung der Leistungsfähigkeit unserer I. Linie gewährleisten“.

Unter Berücksichtigung des weiteren Protokollinhalts, wonach

„in den nächsten Monaten weitere langfristige Verträge abgeschlossen werden können, die die II., III. und IV. Produktionslinie versorgen könnten“ (Anlage B 19, Seite 3),

bezieht sich die im Protokoll beschriebene 90%-ige Deckung der ersten Produktionslinie auf das Gesamtliefervolumen aller drei unter der Bezeichnung *MoU II* zusammengefassten Lieferverträge. Ist das kumulierte jährliche Liefervolumen der streitbefangenen Verträge *MoU II* mit gleichbleibend

(Liefervertrag aus Juli 2006 – Jahres -Stückzahl	1.195.200
	+ 1.872.000
Liefervertrag aus Sept. 2006- Jahres- Stückzahl	+ 2.390.400

	+ 3.744.000
Liefervertrag aus Nov. 2006 - Jahres-Stückzahl	+ 1.593.600
	+ <u>2.496.000</u>)
insgesamt	13.291.200 Stück

demzufolge mit 90 % der Produktionskapazität der ersten Reihe (30 MW) gleichzusetzen, errechnet sich ein jährlicher Bedarf für eine Produktionslinie mit der Leistungsfähigkeit von 30 MW in Höhe von 14.768.000 Wafer.

Ausgehend hiervon errechnet sich ein jährlicher Gesamtbedarf der Beklagten ab April 2009 in Höhe von [14.768.000 (I. Produktionsreihe mit 30 MW) + 29.536.000 (II. Produktionsreihe mit 60 MW) =] **44.304.000 Wafern** und ab April 2010 in Höhe von [44.304.000 (I. und II. Produktionsreihe) + 14.768.000 (III. Produktionsreihe mit weiteren 30 MW) =] **59.072.000 Wafern.**

(b) Selbst wenn man die mit der Geschäftsprojektierung von der Beklagten beabsichtigten IV. Produktionsreihe, über deren geplante oder gar realisierte Leistungsfähigkeit der Sach- und Streitstand nichts Greifbares hergibt, außen vorlässt, bleibt die in den streitbefangenen Lieferverträgen festgelegte Bezugsmenge deutlich hinter dem so geschätzten jährlichen Gesamtbedarf der Beklagten zurück. Denn die mit den Lieferverträgen *MoU II* und *MoU III* festgelegten Jahres-Liefermengen betragen demgegenüber laut den Verträgen

		<i>MoU II</i>	<i>MoU III</i>	und kumuliert
im Jahr	2009	13.291.200 Stück		13.291.200 Stück,
	2010	13.291.200 Stück	10.442.250 Stück	23.733.450 Stück,
	2011	13.291.200 Stück	14.420.238 Stück	27.711.438 Stück
und ab	2012	13.291.200 Stück	14.420.252 Stück	27.711.452 Stück.

Dies bedeutet in der Spitze einen Abdeckungsgrad von rund 47 %.

(c) Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung des weiteren Vorbringens der Beklagten, der im Jahr 2007 abgeschlossene Vertrag (*MoU III*) habe die Gesamtheit der Produktion der Beklagten einschließlich noch nicht begonnener Produktionslinien abdecken (Berufungsbegründung Seite 14, GA 455) und eine „ausreichende Versorgung mit Silizium für alle vier Produktionslinien“ sichern sollen (Anlage B 23 – *Protokoll der Gesellschafterversammlung der [REDACTED] vom 21. Mai 2007*, Seite 3 der Übersetzung). Für sich genommen lässt dieses Vorbringen

bereits offen, inwieweit die streitbefangenen Lieferverträge die effektiv erreichbare Leistungsfähigkeit der Gesamtproduktion der Beklagten voraussichtlich abdecken sollten; die Formulierung des Gesellschafterversammlungsprotokolls, dass eine „ausreichende“ Versorgung sichergestellt sei, erlaubt durchaus das Verständnis einer – nach den Geschäftsplänen wohlmöglich als erforderlich eingeschätzten – Mindestbedarfsdeckung. Unter Berücksichtigung der zuvor erörterten Anhaltspunkte aus dem Vorbringen der Beklagten zur Leistungsfähigkeit der Produktionslinien I bis III und der wirtschaftlichen Bedeutung der ersten drei Lieferverträge zur 90%-igen Abdeckung nur der ersten Produktionslinie ergibt sich – wie im Einzelnen zuvor dargestellt – jedenfalls eine Gesamtbedarfsabdeckung während des gesamten vertraglichen Lieferzeitraums weit unter 80 %.

(d) Der mit den streitbefangenen Lieferverträgen *MoU II* und *MoU III* ausstehende Abdeckungsgrad des erwarteten Gesamtbedarfs ist noch weit geringer als zuvor abgeschätzt anzusetzen, wenn man das – unwidersprochen gebliebene – Vorbringen der Klägerin zugrunde legt, dass die Beklagte für 2007 einen Produktionsausbau auf 100 MW (anstatt der oben zugrunde gelegten 30 MW) geplant und noch am 9. März 2007 gegenüber Vertretern der Klägerin von einem konkreten Kapazitätsausbau-Vorhaben auf insgesamt 300 MW bis 2012 gesprochen habe (Schriftsatz der Klägerin vom 21.03.2012, Seite 9, GA 136).

(e) Soweit die unter der Bezeichnung *MoU II* fallenden Lieferverträge aus Juli und September 2006 jeweils in ihren Vertragszusätzen Lieferungen

für die Jahre	in Höhe von jährlich		und kumuliert
2007	240.000 Stück +	624.000 Stück	= 864.000 Stück
2008	240.000 Stück +	624.000 Stück	= 864.000 Stück

vorsehen, bleibt dies mit einem Abdeckungsgrad von rund 6 % ebenfalls weit hinter dem auf die I. Produktionslinie der Beklagten bezogenen Jahres-Gesamtbedarf von 14.768.000 Wafer zurück.

(3.1.4) Schon weil die vorstehenden Erwägungen die Voraussetzungen einer mittelbaren Alleinbezugsbindung deren – hier verneinende – Feststellung auf der Tatbestandsebene des Art. 81 Abs. 1 EGV betreffen und es im Streitfall auf die (nachrangige) Frage einer Freistellung überhaupt nicht ankommt, sieht der Senat

keinen Anlass zur Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV im Hinblick auf die von der Beklagten mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 16. Oktober 2014 formulierten Vorlagefragen zu II. bis VIII..

(3.2) Selbst wenn man eine wirtschaftliche Gesamtbedarfsdeckung und damit eine Ausschließlichkeitsbindung im Streitfall unterstellt, hat die Beklagte eine daraus resultierende oder zumindest geförderte *marktabshottende Wirkung* der streitbefangenen Lieferverträge nicht substantiiert dargetan:

Wie bereits ausgeführt, stellt sich eine Ausschließlichkeitsbindung nicht ohne weiteres als eine im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EGV tatbestandliche Wettbewerbsbeschränkung dar. Gerade die mit ihr vordergründig verbundene Einschränkung der Vereinbarungsbeteiligten in deren wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit kann nicht losgelöst von den zugleich damit regelmäßig zu erwartenden wettbewerbsrelevanten Vorteilen für beide Vertragsparteien gewürdigt werden. Auch im Streitfall ist eine solche wettbewerbliche Ambivalenz der – unterstellten – Alleinbezugsbindung nicht von der Hand zu weisen. Beiderseitige wirtschaftliche wie wettbewerbliche Vorteile wären etwa dahin zu erwägen, dass aus den kumulierten Lieferverträgen nicht nur ein Vorteil der Klägerin in Gestalt einer auf acht bzw. zehn Jahre gesicherten Umsatzaussicht entstand, sondern spiegelbildlich hierzu die Beklagte – wie sie selbst vorgetragen hat – ihrerseits eine entsprechend längerfristige Bezugsgarantie in dem erwünschten Liefervolumen und damit eine gewisse Versorgungssicherheit für die von ihr angestrebte Solarzellen-Produktion erlangte. Nach der Judikatur der Gemeinschaftsgerichte (vgl. insoweit grundlegend EuGH, Urteil vom 28.02.1991 - C 234/89, Slg. 1991, I - 935-996 – *Delimitis/Henningerbräu*; vgl. hierzu ferner *Zimmer* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU / Teil 1, 5. Aufl., Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 280 sowie in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, GWB, 4. Aufl., § 1 Rn. 376 jeweils m.w.N.) ist daher eine differenzierte Beurteilung geboten, die vor allem die vorhersehbaren Auswirkungen auf die aktuellen wie potentiellen Wettbewerber des Lieferanten sowie auf die Entwicklungsfähigkeit des betroffenen Marktes in den Blick nimmt. Dies erfordert grundsätzlich eine umfassende Prüfung aller einzelfallbezogenen Umstände im Hinblick auf deren Bedeutung für den relevanten Markt, der dort vorherrschenden Marktsituation und die Marktprozesse (vgl. *Zimmer* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU / Teil 1, 5. Aufl., Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 283 sowie in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, GWB, 4.

Aufl., § 1 Rn. 378). In dieser Gesamtbeurteilung zu berücksichtigen sind insbesondere

- (a) die relative Marktstellung (Marktanteil – vgl. EuGH, Urteil vom 28.02.1991 – C-234/89, Slg. 1991, I-935, Tz. 25 – *Delimitis/Henningerbräu*) des Lieferanten und dessen Wettbewerber, aber auch des Abnehmers (vgl. *Zimmer* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, GWB, 4. Aufl., § 1 Rn. 378),
- (b) die Bindungsdauer und der Umfang der in Rede stehenden Alleinbezugsvereinbarung (vgl. *Zimmer*, a.a.O. sowie in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU / Teil 1, 5. Aufl., Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 283 jeweils m.w.N.),
- (c) ferner die Dynamik der Marktentwicklung und der Grad einer Marktsättigung (*Zimmer*, a.a.O. m.w.N.),
- (d) die existierenden Marktzutrittsschranken (vgl. zu allem: Mitteilung der Kommission – Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EG 2000 Nr. C 291/1 Rdnr. 138 ff.),
- (e) die Zahl der an den in Rede stehenden Lieferanten mit vergleichbaren Vertikalverträgen gebundenen Vertragspartner im Verhältnis zur Gesamtzahl der auf dem Markt tätigen Nachfrager (vgl. EuGH, a.a.O.),
- (f) der in Rede stehenden Vertrags- bzw. Bindungsdauer im Verhältnis zur durchschnittlichen Dauer der auf dem relevanten Markt allgemein geschlossenen Verträge (vgl. EuGH, a.a.O., Tz. 26) sowie
- (g) kumulative Abschottungseffekte paralleler Vertragswerke des in Rede stehenden Lieferanten und dessen Wettbewerber mit vergleichbaren Bezugsbindungen (EuGH, a.a.O., Tz. 19 ff., 23 f.).

(3.2.1) Relevant ist im Streitfall der sachliche Absatzmarkt von Solarwafer als Vorprodukt für die Solarzellenproduktion, auf welchem sich die Wafer-Hersteller als Anbieter und weiterverarbeitende Solarzellenhersteller als Nachfrager gegenüberstehen; dieser ist in räumlicher Hinsicht – wovon das Landgericht zutreffend ausgegangen ist – als Weltmarkt zu verstehen.

In der europäischen Rechtspraxis steht bei der Bestimmung des *sachlich* relevanten Marktes im Ausgangspunkt das Bedarfsmarktkonzept im Vordergrund. Hiernach umfasst der sachlich relevante Markt sämtliche Erzeugnisse oder Dienstleistungen, welche von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und

ihres Verwendungszwecks als funktionell austauschbar angesehen werden (vgl.: *Bekanntmachung der Kommission vom 09.12.1997 über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft – 1997/1209 EG, ABI. EG C 372, S. 5 – 13, Tz. 7; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1, 5. Aufl., Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 159 f. m.w.N.*). Maßgeblich ist die Sichtweise eines vernünftigen, durchschnittlichen Nachfragers der in Rede stehenden Ware oder Dienstleistung (vgl. *Emmerich, a.a.O., Art 101 Abs. 1 AEUV Rn. 160*). Dies führt im Streitfall zur Bestimmung eines selbständigen Absatzmarktes für Solarwafer, der weder den Rohstoff Silizium als Ausgangsprodukt der Waferherstellung noch die aus der Weiterverarbeitung von Wafern auf den nachfolgenden Stufen der Wertschöpfungskette erzeugten Produkte wie Solarzellen, Zellmodule und Solaranlagen umfasst. Solarwafer sind ein spezifisches Zwischenprodukt der Wertschöpfungskette vom Rohsilizium bis zur Solaranlage, das aufgrund seiner Beschaffenheit und vor allem seines Verwendungszwecks in der weiteren Produktionskette aus Sicht des durchschnittlichen Nachfragers, nämlich des Herstellers von Solarzellen, mit den übrigen Produkten der verschiedenen Wertschöpfungsstufen nicht funktional austauschbar sind. Diesbezüglich wird im Einzelnen auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil (Urteilsumdruck Seite 12) nebst den dort angeführten Verweisen auf Kommissionsentscheidungen Bezug genommen.

Für die *räumliche* Abgrenzung des relevanten Marktes ist grundsätzlich auf das Gebiet abzustellen, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet (vgl. *Bekanntmachung der Kommission vom 09.12.1997 über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft – 1997/1209 EG, ABI. EG C 372, S. 5 – 13, Tz. 8*). Auch diese Betrachtung knüpft im Ansatzpunkt an die Sichtweise der Marktgegenseite mit der Fragestellung an, welche Anbieter verschiedener Standorte aus Sicht der Nachfrager vor allem aufgrund eines noch vergleichbaren Preisniveaus ohne wesentliche Hemmnisse untereinander austauschbar sind, so dass die Nachfrage kurzfristig und zu geringen Kosten zwischen diesen umgelenkt werden könnte (vgl. *Bekanntmachung der Kommission vom 09.12.1997 über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft – 1997/1209 EG, ABI. EG C*

372, S. 5 – 13, Tz. 28 f.; vgl. ferner *Emmerich*, a.a.O., Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 166). Ergänzend gilt es darüber hinaus festzustellen, ob die hiernach untereinander substituierbaren Unternehmen – nunmehr aus ihrer objektivierbaren Sicht – in bestimmten Gebieten vor Hindernissen stehen, wenn sie ihren Absatz zu wettbewerbsfähigen Bedingungen innerhalb des gesamten so bestimmten räumlichen Marktes ausbauen wollen. Unter diesem Gesichtspunkt sind zum einen etwa bestehende Handelsbarrieren zu gewichten, die - beispielsweise in Gestalt hoheitlicher regulatorische Schranken oder Preisvorschriften, Einfuhrmengenbeschränkungen und Zölle, aber auch behördlicher Genehmigungserfordernisse und lokaler/regionaler Monopolstrukturen - bestimmte Gebiete des aus Sicht der Marktgegenseite abgegrenzten Marktes gegen Wettbewerbsdruck durch außerhalb des Gebietes ansässigen Unternehmen abschirmen und deshalb – je nach ihrer Wirksamkeit und ihrem Umfang – unterschiedliche räumliche Märkte entstehen lassen. Gleiches kann aus der – im zu beurteilenden Zeitraum bestehenden – Struktur und Entwicklung der Handelsströme resultieren, etwa indem Transportkosten unter Berücksichtigung von Produktionsstandort, Produktionskosten und relativem Preisniveau den Handel zwischen verschiedenen räumlichen Gebieten des unter dem Gesichtspunkt der Nachfrageumlenkbarkeit eingefassten gesamten Marktraums so behindern, dass ein bestimmtes Gebiet nicht mehr zu wettbewerbsfähigen Abgabekonditionen beliefert werden kann (vgl. zu allem *Bekanntmachung der Kommission vom 09.12.1997 über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft* – 1997/1209 EG, ABI. EG C 372, S. 5 – 13, Tz. 30 f.).

Hiervon ausgehend ist der sachliche Absatzmarkt von Solarwafern an weiterverarbeitende Unternehmen in räumlicher Hinsicht – jedenfalls für den hier zu beurteilenden Zeitraum 2006 und 2007 - global abzugrenzen.

(a) Das seinerzeitige Nachfrageverhalten war – und ist nach wie vor – weltweit ausgerichtet. Dies zeigt sich bereits in dem selbst bekundeten Käuferverhalten der Beklagten, ohne dass sich aus dem Beklagtenvorbringen oder sonst Anhaltspunkte für dessen mangelnde Beispielhaftigkeit im Hinblick auf die Sichtweise des durchschnittlichen Nachfragers von Solarwafern ergeben. Nach ihrem eigenen tatsächlichen Vorbringen betrachtete die Beklagte im Zeitraum 2006/2007 den japanischen Lieferanten SETEK, mit dem sie seinerzeit in erster Linie einen langfristigen Liefervertragsabschluss im später mit dem *MoU III* vereinbarten Volumen zu erreichen

suchte, als grundsätzlich gleichwertige Anbieteralternative zur Klägerin. Der Vertragsschluss mit SETEK scheiterte – wovon nach dem Vorbringen der Beklagten auszugehen ist – weder an einem gegenüber dem europäischen Handelsraum deutlich unterschiedlichen Preisniveau noch an irgendwelchen auf den Handel von außen einwirkenden oder in der Struktur seiner globalen Handelsströme begründeten Handelsbarrieren. Vielmehr hat die Beklagte diesbezüglich ausdrücklich vorgetragen, dass

- der Vertragsschluss mit der Klägerin im Mai 2007 deshalb erforderlich geworden sei, weil die Verhandlungen mit SETEK aufgrund der verschiedenen Mentalitäten und Unternehmenskulturen nur träge verlaufen seien, bzw.
- die Verhandlungen mit SETEK deshalb nicht fortgeführt worden seien, weil das Angebot des japanischen Lieferanten von Rohstoffknappheit gezeugt und keine regelmäßigen und zufriedenstellenden Lieferungen garantiert habe

(Berufungsbegründung Seite 26, GA 467). Die Möglichkeit, die Nachfrage ohne Weiteres und vor allem wegen des global relativ homogenen Preisniveaus auf andere weltweit tätige und ansässige Anbieter umlenken zu können, zeigt sich überdies in der als Anlage B 37 vorgelegten Auflistung der Waferinkäufe der Beklagten zwischen 2007 und 2011, wobei sich die verschiedenen Standorte dort bezeichneter anderer Lieferanten teilweise aus der Übersicht der „Hauptanbieter“ in der Anlage B 1 ergibt: Hiernach bezog die Beklagte für ihre Solarzellenproduktion benötigte Solarwafer außer von der Klägerin unter anderem noch von spanischen (DC Wafers SL) und norwegischen (Rec Wafer Norway), aber auch von chinesischen (Renesola Solar Energy) und US-amerikanischen (MEMC Electronic Material) Unternehmen. Weder aus dem Vorbringen der Beklagten noch sonst ergeben sich Anhaltspunkte dafür, dass im damit zutage tretenden Gesichtspunkt der globalen Anbieteraustauschbarkeit das Nachfrageverhalten der Beklagten nicht dem des durchschnittlichen Nachfragers von Solarwafern entspräche oder zwischen den Segmenten Spotmarktgeschäften und langfristigen Lieferverträgen zu unterscheiden wäre.

Spiegelbildlich hierzu zeigt sich die Globalität des relevanten Marktes auch in der – von der Beklagten selbst vorgetragenen – weltweiten Tätigkeit der Klägerin als Anbieter von Solarwafern, wie dies

- etwa im Konzernbericht 2006 (Anlage B 28, dort Seite 61 f.) Ausdruck findet, soweit hier über den Abschluss eines zwölfjährigen Belieferungsvertrags zwi-

schen der Klägerin und einem kanadischen Hersteller von Solarstrommodulen mit Produktionsstätte in China berichtet wird, oder

- im Zwischenbericht des [REDACTED] Konzerns für das 3. Quartal 2007 (Anlage B 30) zutage tritt, wenn dort die Verteilung des Auftragsbestandes im Wafergeschäft auf im Schwerpunkt Asien, aber auch Europa und Nordamerika dargestellt wird (Seite 17).

(b) Eine Unterteilung des globalen Solarwaferhandels in unterschiedliche räumliche Märkte ist für den hier maßgeblichen Zeitraum des Vertragsschlusses auch nicht unter dem Gesichtspunkt der hinreichenden Homogenität bzw. Unterschiedlichkeit der Wettbewerbsbedingungen geboten. Entscheidend sind insoweit die im maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt – hier der Zeitraum der streitbefangenen Vertragsabschlüsse – für das konkret in Rede stehende Handelsgut – hier Solarwafer – tatsächlich bestehende Handelshemmnisse. Indes ergeben sich weder aus dem Vorbringen der Beklagten noch sonst Anhaltspunkte dafür, dass sich die weltweit in Betracht kommenden Waferanbieter im Zeitpunkt des Abschlusses der streitbefangenen Lieferverträge wirksamen Handelsbarrieren oder sonstigen Hemmnissen gegenübersehen, welche die weltweite Handelsverflechtung so gestört hätten, dass unterschiedliche räumliche Märkte anzunehmen wären. Im Gegenteil hat bereits das Landgericht unter ausdrücklichem Verweis auf – unter anderem die Klägerin betreffende – Entscheidungen der EG-Kommission in verschiedenen konkret benannten Beihilfesachen nachvollziehbar ausgeführt, dass solche wesentlichen Handelsbarrieren im maßgeblichen Zeitraum fehlten und auch größere Transportwege in Anbetracht der Beschaffenheit von Wafern kein wirksames Handelshemmnis darstellten sowie das seinerzeitige weltweite Preisniveau homogen war. Unter Anschluss hieran verweist der Senat auf die diesbezüglichen Ausführungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil (Umdruck Seite 12 – 13).

Soweit die Beklagte demgegenüber auch im Berufungsverfahren anführt, dass das Fehlen von Handelsbarrieren lediglich im EU-Raum als dauerhaft, darüber hinaus jedoch als vorübergehend und veränderlich angesehen werden müssten, greift dies nicht durch. In Konsequenz des argumentativen Ansatzes, dass Handelsbarrieren innerhalb des Binnenmarktes im Gegensatz zum Handel auf einem räumlich weitreichenden Markt dauerhaft ausscheiden, müsste – worauf bereits das Landgericht zutreffend hingewiesen hat – die Annahme eines räumlich über den Binnenmarkt hinausgehenden Marktes stets scheitern; dies führte zu einer von den tatsächlichen

Marktverflechtungen, Marktstrukturen und dort geltenden Wettbewerbsbedingungen völlig losgelösten Bestimmung eines künstlichen räumlichen Marktgebildes. Desgleichen rechtfertigt allein die denkbare Möglichkeit künftig eintretender Handelshemmnisse nicht die – antizipierende - Unterteilung eines im maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt sich als relativ homogen und eng verflochten darstellenden weltweiten Handelsraums für Solarwafer in unterschiedliche räumliche Märkte; dies schließt eine abweichende räumliche Marktabgrenzung für spätere Zeiträume oder in der Zukunft nach Realisierung entsprechend wirksamer und gewichtiger Handelsbarrieren nicht aus.

Nichts anderes gilt im Hinblick auf das von der Beklagten ebenfalls gegen die Annahme eines Weltmarktes angeführte Wechselkursrisiko, zumal der US-Dollar als unstrittige Währung des weltweiten Handelspreises für Wafer gegenüber dem Euro seit 2002 an Wert verlor. Schließlich hat die Beklagte auch nicht substantiiert dargelegt, dass der Absatz von Wafer im fraglichen Zeitraum durch eine – von ihr auch nicht im Einzelnen aufgezeigte – mangelnde Rechtsvergleichbarkeit zwischen bestimmten Räumen eines weltweiten Handels die Absatzmöglichkeiten der Anbieter verschiedener Standorte einschränkte.

Bei alledem zeigen gerade die mit der Anlage B 37 dargelegten Waferkäufe der Beklagten im Zeitraum 2007 bis 2011 auf, dass Anbieter von Nordamerika über Europa bis Fernost offensichtlich ohne nennenswerte Beeinträchtigungen in der Lage waren, die Beklagte zu beliefern. Es machte hiernach offensichtlich auch keinen Unterschied, ob diese verschiedenen Lieferanten innerhalb oder außerhalb der Eurozone ansässig waren.

(c) Allein der Umstand, dass im Rahmen des gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbots gerade die Relevanz der in Rede stehenden Wettbewerbsbeschränkung für das Binnenmarktprojekt hinterfragt wird (vgl. *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU / Teil 1, 5. Aufl., Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 145), rechtfertigt keine künstliche Aufspaltung des nach alledem hier weltweit reichenden Marktes; der für die Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EGV relevante Markt kann vielmehr lokal, regional, national und unionsweit, aber auch global sein (vgl. *Emmerich*, a.a.O., Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 168 unter Hinweis auf die Kommissionshandhabung).

(3.2.2) Unter Einschluss konformer Markttätigkeiten des gesamten Solar-World-Konzerns verfügte die Klägerin als Anbieterin auf dem so abgegrenzten relevanten Markt im fraglichen Zeitraum 2006/2007 – je nach Erkenntnisgrundlage – über einen relativen Marktanteil von

- (a) 10 % bis 20 %, wenn man – wie es das Landgericht im angefochtenen Urteil getan hat (Urteilsdruck S. 14) – die auf diesen Zeitraum und die Klägerin bezogenen Feststellungen der Kommission in der Beihilfesache C 34/08 (ex N 170/08) mit dem Befund von 15 % bis 20 % für 2006 sowie 10 % bis 15 % für 2007 zugrunde legt, bzw.
- (b) rund 14 %, wenn man den Eigenangaben der SolarWorld AG im beklagenseits als Anlage B 28 vorgelegten Konzernbericht 2006 (dort Seite 17) folgt.

Der Streitfall erfordert – soweit es die Frage nach einer eventuellen Marktabschottungswirkung betrifft – keine nähere Erforschung der hiernach sich darbietenden Marktanteilsspanne. Eventuelle Exklusivbindungen an die Klägerin als Lieferantin eröffnen vielmehr schon deshalb die Frage nach einer damit verbundenen Eignung, eine Marktabschottung herbeizuführen oder zu fördern, weil die Klägerin seinerzeit jedenfalls zu den marktführenden Anbietern des weltweiten Wafermarktes zählte. Dies ergibt sich aufgrund der von der Beklagten zu den Akten gereichten Übersetzung der Anlage B 1, welche die Leistungsfähigkeit und Produktion der Anbieter auf dem – nach den erfassten Unternehmen: weltweiten – Wafermarkt in tabellarischer Darstellung für die Jahre 2007 bis 2010 angibt. Das hieraus ersichtliche Ranking der „Hauptanbieter auf dem Wafermarkt“ erlaubt wegen seiner Ausrichtung an Produktionsfähigkeit der Unternehmen zwar keine belastbaren Rückschlüsse auf einen grundsätzlich umsatzorientiert zu ermittelnden (vgl. hierzu *Emmerich*, a.a.O., Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 146) Marktanteil in den maßgeblichen Jahren 2006/2007. Jedoch erlaubt die Anlage Rückschlüsse auf das Wettbewerbsfeld, die dadurch geprägte Marktstruktur und die Stellung der Klägerin auf dem relevanten Markt:

Der konkrete Aussagegehalt des in der Anlage B 1 oben wiedergegebenen Kreisdiagramms bleibt auch unter Berücksichtigung des weiteren Beklagtenvorbringens vor allem hinsichtlich seiner Bezugsgröße unklar; wie bereits die gegenüber der nachfolgenden tabellarischen Darstellung unterschiedliche Rangfolge der Unternehmen (beispielsweise der Klägerin im Vergleich zu „LDK Solar“) aufzeigt, hat das Kreisdiagramm jedenfalls einen anderen – weder aus dem Beklagtenvorbringen noch

sonst eindeutig erkennbaren – Bezugspunkt als die „Leistungsfähigkeit (MW)“ und die „Produktion (MW)“. Dennoch zeigt sich in dieser Grafik, soweit sie neben den in der nachfolgenden Tabelle ebenfalls namentlich bezeichneten *Hauptanbietern auf dem Wafermarkt* mit Teilwerten zwischen 3,7 % und 14,6 % noch „Andere“ mit einem überwiegenden Kreissektor und einem Teilwert von 54,7 % anführt, dass auf dem relevanten Markt von einem breitgefächerten internationalem Anbieterfeld auszugehen ist.

Nach der tabellarischen Darstellung „Die Leistungsfähigkeit der Hauptanbieter auf dem Wafermarkt“ nahm die Klägerin – bemessen nach der Produktionsfähigkeit der (allerdings unvollständig) berücksichtigten Unternehmen –

im Jahr 2007 mit 295 MW den fünften Rang nach dem mit Abstand führenden Unternehmen „REC Wafer“ (1.100 MW) und den weiteren Anbietern „LDK Solar“ (420 MW), „Renesola“ (378 MW) sowie „PV Chrystalox“ (370 MW) und im Jahr 2008 mit 600 MW die vierte Rangstelle nach dem nunmehr führenden Unternehmen „LDK Solar“ (1.400 MW) sowie den weiteren Anbietern „REC Wafer“ (1.100 MW) und „Renesola“ (645 MW)

ein. Soweit die Tabelle dem offensichtlich die in den jeweiligen Jahren tatsächlich erreichten Produktionszahlen gegenüberstellt, kommt dem mangels auf die Klägerin bezogene Angaben im Streitfall keine Bedeutung zu. Zählte hiernach die Klägerin jedenfalls nach Leistungsfähigkeit zu den führenden Hauptanbietern, erlaubt dies unter Berücksichtigung einer betriebswirtschaftlich vernünftigen Produktionssteuerung und des aus der Tabelle ersichtlichen erheblichen Kapazitätenausbaus der Klägerin in den Jahren bis 2010 die Schlussfolgerung, dass sie auch umsatzorientiert zu den marktführenden Anbietern des von einem breitgefächerten Anbieterfeldes mit höchst unterschiedlichen Produktions- und Angebotskapazitäten geprägten relevanten Marktes gehörte.

(3.2.3) Die Marktabschottungswirkung hängt indes davon ab, in welchem Umfang das Nachfragevolumen langfristig exklusiv an die Klägerin gebunden und deshalb dem aktuellen oder potentiellen Wettbewerb entzogen ist. Unter diesem Gesichtspunkt ist zunächst die Marktstellung der Beklagten als Nachfragerin auf dem relevanten Markt und ihr durch die streitbefangenen Lieferverträge gebundenes Nachfragevolumen in den Blick zu nehmen. Diesbezüglich ist im Streitfall jedoch keine beachtenswerte Marktbedeutung festzustellen.

Für die Würdigung ihrer Marktstellung als Nachfragerin auf dem weltweiten Solarwafermarkt hat die Beklagte kaum Greifbares vorgetragen. Aus ihrem Vorbringen ergibt sich lediglich, dass sie im fraglichen Zeitraum 2006/2007 mit einer Leistungsfähigkeit von 30 MW der führende Hersteller von Solarzellen in Italien war. Dies mag die Schlussfolgerung erlauben, dass sie als größter nationaler Solarzellenhersteller seinerzeit auch im Hinblick auf das für die Solarzellenproduktion benötigte Vorprodukt (Wafer) der größte nationale Nachfrager war; indes ergibt sich nichts für die Annahme, dass einem führenden nationalen Nachfrager in jedem Fall auch global eine Bedeutung zukomme.

Nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten ist ganz allgemein die in Megawatt (MW) bemessene Produktionsfähigkeit eines Solarzellenherstellers mit dessen Nachfragevolumen nach Wafern gleichzusetzen (Berufungsbegründung Seite 11, GA 452). Stellt man daher ihre für den Zeitraum der Vertragsabschlüsse behauptete Leistungsfähigkeit als Solarzellenhersteller in Höhe von 30 MW mit ihrem seinerzeitigen Nachfragevolumen am Weltmarkt gleich, entsprach dies gerade einmal

- 1,09 % der für das Jahr 2007 – ausweislich der Anlage B 1 (Tabelle „Die Leistungsfähigkeit der Hauptanbieter auf dem Wafermarkt“) – zugrunde zu legenden Leistungsfähigkeit nur der Hauptanbieter (2763 MW), bzw.
- 2,72 % der für das Jahr 2007 wiederum aus der Anlage B 1 – ohne die Klägerin und drei weitere Hauptanbieter – ersichtlichen Produktionsvolumen der Hauptanbieter (1104 MW);

dies ist in seiner Marktbedeutung noch niedriger zu bewerten, wenn man – wie im Einzelnen bereits erläutert – bedenkt, dass die in der Tabelle „Die Leistungsfähigkeit der Hauptanbieter auf dem Wafermarkt“ erfassten Daten einen augenscheinlich gewichtigen Teil des Angebots, welcher auf die kleineren Waferhersteller entfällt, nicht berücksichtigt.

Selbst wenn man unter der Erwägung, dass die streitbefangenen Lieferverträge mit vertraglichem Lieferbeginn ab dem Jahr 2009 zukunftsgerichtet waren, das jährliche Vertragsvolumen von in der Spitze (ab dem Lieferjahr 2012) zusammengefasst 27.711.452 Stück Wafer zugrunde legt, gewinnt das Nachfragevolumen der Beklagten noch nicht entscheidend an Bedeutung hinzu. Wie bereits im Zusammenhang mit der Gesamtbedarfsabdeckung erläutert, ist das jährliche Vertragsvolumen der kumulierten Verträge *MoU II* (13.291.200 Stück) mit 90 % der Leistungsfähigkeit

der ersten Produktionslinie der Beklagten (30 MW) gleichzusetzen, so dass letztlich 1 MW mit rund 492.267 Stück Wafer zu vergleichen ist; das gesamte jährliche Liefervolumen der Verträge *MoU II* und *MoU III* von in der Spitze 27.711.452 Stück entspricht somit durchschnittlich etwa 57 KW. Um die Marktbedeutung dieses Nachfragevolumens sachgerecht zu gewichten, liegt es einzig nahe, es nicht der Leistungsfähigkeit und dem Produktionsausstoß der Hauptanbieter im Jahr des letzten Vertragsabschlusses, sondern den – ebenfalls der Anlage B 1 mit den bereits benannten Einschränkungen in deren Aussagekraft zu entnehmenden – entsprechenden Daten des – zuletzt erfassten – Jahres 2010 gegenüberzustellen. Auf dieser Basis entspricht das Vertragsvolumen von rund 57 MW

- etwa 0,65 % der Leistungsfähigkeit nur der Hauptanbieter (8.735 MW), bzw.
- rund 1,22 % der Produktion der in der Tabelle Anlage B 1 (rechte Spalte) erfassten vier Hauptanbieter.

(3.2.4) Die Beurteilung der wettbewerbsrelevanten Wirkungen darf jedoch nicht bei den streitbefangenen Lieferverträgen stehen bleiben, sondern erfordert ihre umfassende Betrachtung unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhangs, in dem die Vereinbarungen stehen und zusammen mit anderen zu einer kumulativen Auswirkung auf den Wettbewerb führen können (vgl. hierzu: EuGH, Urteil v. 12.12.1967 – C-23/67, Slg. 1967, 543 - *Brasserie De Häch*; EuGH, Urteil vom 28.02.1991 – C-234/89, Slg. 1991, I 935 ff., Tz. 14 – *Delimitis-Henningerbräu*).

(a) Die somit gebotene Prüfung kumulativer Beschränkungseffekte hat zwei verschiedene Ansatzpunkte:

Zum einen ist die Vertragsgestaltungspraxis des im Einzelfall in Rede stehenden bindenden Lieferanten in den Blick zu nehmen. Hat ein und dasselbe Unternehmen ein weitreichendes Netzwerk von identischen Vertikalverträgen geschaffen, ist über den im Einzelfall zur Prüfung stehenden Vertrag hinaus die Existenz der übrigen Verträge bei der Würdigung der Wettbewerbsbeschränkung zu berücksichtigen. Die Wettbewerbsbeschränkung, speziell eine Marktabschottung kann dann durch kumulierte Effekte eines solchen Vertragsnetzwerkes bewirkt werden (vgl. zu allem: EuGH, Urteil vom 13.07.1966 – C-56/64, Slg. 1966, 321, 391 – *Consten/Grundig*; *Zimmer in Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU / Teil 1, 5. Aufl., Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 279).

In die Beurteilung der kumulativen Wirkung sind zum anderen aber nicht nur diejenigen Verträge einzubeziehen, die der in Rede stehende Lieferant mit seinen Abnehmern regelmäßig und mit vergleichbarem Inhalt abschließt. Die gebotene wirtschaftliche Gesamtbetrachtung erfordert vielmehr ferner die Berücksichtigung paralleler Vertragswerke der Wettbewerber und der sich aus der Gesamtheit der – untereinander unabhängigen – Vertragsnetze kumulierenden Beschränkungseffekte (vgl. EuGH, Urteil vom 28.02.1991 – C-234/89, Slg. 1991, I 935 ff., Tz. Tz. 24 – *Delimitis-Henningerbräu*). Ausgehend hiervon kann die strukturelle Prägung des relevanten Marktes durch die langfristige und exklusive Bindung der Abnehmer an die existierenden Anbieter einerseits Newcomern an einem Marktzutritt und andererseits bereits am Markt existierende Anbieter an einer Steigerung ihrer Marktanteile hindern. In einem so strukturierten Markt kann im Ausgangspunkt jeder langfristige und exklusive Liefervertrag – je nach seiner Bindungsdauer und der Möglichkeit des Abnehmers, sich aus der langfristigen Exklusivbindung zu lösen und den Lieferanten relativ kurzfristig zu wechseln – eine Marktabschottung und Markterstarrung fördern. Zuzurechnen ist die Beschränkungswirkung indes nicht jeder entsprechenden Vereinbarung, sondern nur solchen, die unter Berücksichtigung sämtlicher Marktstrukturmerkmale und Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Bindungsdauer im Vergleich zu der durchschnittlichen Dauer der auf dem Markt allgemein geschlossenen Verträge sowie des gebundenen Nachfragevolumens, in erheblichem Maße hierzu beitragen (vgl.: EuGH, Urteil vom 28.02.1991 – C-234/89, Slg. 1991, I 935 ff., Tz. 24 – *Delimitis-Henningerbräu*; EuGH, Urteil vom 07.12.2000 – C-214/99, Slg. 2000, I-11121 Tz. 27 – *Neste; Zimmer* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU / Teil 1, 5. Aufl., Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 281 m.w.N.).

(b) Im Streitfall ergeben sich indessen weder aus dem tatsächlichen Vorbringen der Beklagten noch sonst Anhaltspunkte dafür, dass die Abnehmer der Klägerin oder gar ganz allgemein die Nachfrager des relevanten Marktes regelmäßig unmittelbaren oder mittelbaren Alleinbezugsbindungen unterlagen.

Die Beklagte hat im Kern lediglich vorgetragen, dass die inhaltliche Vertragsgestaltung der streitbefangenen Lieferverträge *MoU II* und *MoU III* einen zum einen von der Klägerin regelmäßig verwendeten und zum anderen marktüblichen Vertragstyp darstelle. So hat die Beklagte etwa die Verwendung eines entsprechenden Vertragsmusters durch die Klägerin gegenüber einer Reihe ausdrücklich benannter an-

derer Unternehmen behauptet (Schriftsatz vom 02.11.2012, Seite 25, GA 289) und diesbezüglich auf ihre Feststellungen in dem als Anlage B 19 (dort im italienischsprachigen Original Seite 7) vorgelegten Protokoll ihrer Gesellschafterversammlung vom 15. Dezember 2006 verwiesen, wonach – laut zu den Akten gereichter Übersetzung (dort Seite 3) –

„derselbe Vertrag, einschließlich der Zahlungsbedingungen, auch von unseren Konkurrenten unterschrieben worden ist (Q-Cells, Kerself, Ersol usw.)“.

Dass die von der Beklagten behauptete inhaltliche Konformität klägerischer Vertikalverträge auch eine grundsätzlich mehrjährige Bindungsdauer umfasst, ergibt sich beispielhaft aus dem Vorbringen der Beklagten zu einem so behaupteten Parallelvertrag der Klägerin mit der Canadian Solar Inc. über – angeblich – 12 Jahre (Schriftsatz vom 02.11.2012, Seite 25, GA 289; Berufungsbegründung Seite 24, GA 465). Die Behauptung der Marktüblichkeit einer den *MoU II* und *MoU III* entsprechenden Vertragsgestaltung einschließlich der mehrjährigen Bindungsdauer spiegelt sich zudem

- im schriftsätzlichen Vorbringen der Beklagten wieder, „dass dieser Typ von vertraglichen Verpflichtungen, die der Beklagten abverlangt worden ist, im Einklang mit der gängigen Handelspraxis dieses Marktes war“ (Berufungsbegründung Seite 27, GA 468),
- ferner in dem von der Beklagten im Rahmen ihres schriftsätzlichen Vorbringens vorgenommenen Zitats aus dem Protokoll der Hauptversammlung ihrer Gesellschafter vom 21. Mai 2007, dass der Vertrag „nicht ... anders als andere Verträge unseres Tätigkeitsbereiches“ sei und derartige Verträge den Sektor kennzeichneten (Berufungsbegründung Seite 9, GA 450),
- im Wortlaut der Übersetzung des mit letztgenanntem Zitat angesprochenen Protokolls Hauptversammlung vom 21. Mai 2007 (Anlage B 23), in dem es heißt (Seite 2 a.E. der Übersetzung):
 „Der Fotovoltaik-Sektor ist wirtschaftlich neu, die Lieferverträge des Rohstoffs sind zehnjährig und es werden immense Vorauszahlungen verlangt.“
- und schließlich in der von der Beklagten vorgelegten Übersetzung der Anlage B 22 (Artikel RenewableEnergyWorld.com „ATS unterzeichnet einen Liefervertrag für Polysilizium Wafer mit Deutsche Solar AG“ vom 15.06.2007), wonach die Geschäftsführung von ATS im Hinblick auf die mit der Klägerin vereinbarte Lieferzeit von 2010 bis 2017 glaube, „dass die Laufzeit der laufenden

wirtschaftlichen Geltungsdauer anderen Lieferungsverträgen mit ähnlicher Gültigkeitsdauer in der Branche entspricht“.

Die Klägerin ist dem diesbezüglichen Beklagtenvorbringen auch nicht in beachtlicher Weise entgegengetreten; vielmehr bestätigt sie die Marktüblichkeit einer mehrjährigen Vertragsdauer schon dadurch, dass sie zu den am Markt zu unterscheidenden Spotgeschäften und Langzeitverträgen vorträgt.

Bei verständiger Würdigung dieses Beklagtenvorbringens bezieht sich die behauptete Entsprechung der Vertikalverträge nicht auf eine – im Fall der Beklagten ohnehin nur unter dem Gesichtspunkt der faktischen (nahezu) Gesamtbedarfsdeckung in Betracht zu ziehenden – Alleinbezugsbindung. Bedenkt man die erkennbar individualvertraglichen Bestimmungen in den hier streitbefangenen Lieferverträgen

[besonders zum Lieferumfang, zur konkret bemessenen Vertragsdauer, ferner zur Höhe und Ratenfälligkeit der Vorauszahlung sowie zur Höhe des (anfänglichen) Stückpreises und des hierauf zu verrechnenden Vorauszahlungsanteils],

soll die behauptete Konformität der klägerischen wie auch marktüblichen Vertikalverträge vielmehr im Hinblick auf die von der Beklagten als einseitige Interessendurchsetzung der Lieferanten gerügten Klauseln, insbesondere zu der sukzessive auf spätere Lieferungen zu verrechnenden Vorauszahlung, deren Verfall bei einer vorzeitigen Vertragsbeendigung, ferner zur Take-or-pay-Regelung und Preisanpassungsregelung nebst Zahlungsbedingungen sowie schließlich in der Vereinbarung einer regelmäßig mehrere Jahre umfassende und nur eingeschränkt kündbaren Vertragsdauer bestehen.

(c) Auch wenn somit keine strukturelle Prägung der Geschäftspraxis der Klägerin wie auch des Marktes durch Exklusivbindungen festzustellen ist, bleibt zu prüfen, ob die – unterstellte – wirtschaftliche Alleinbezugsbindung der Beklagten an die Klägerin unter dem Gesichtspunkt ihrer mehrjährigen Bindungsdauer in Kumulation mit marktüblichen Langzeitverträgen geeignet war, zu einer Marktabschottung beizutragen. Für diese Frage ist allein auf die Bindungsdauer abzustellen, da die von der Beklagten im Übrigen als einseitig beanstandeten und zugleich als markttypisch behaupteten Vertragsregelungen,

wie etwa die Verpflichtung des Abnehmers zu einer Vorauszahlung und deren Verfall bei einer vorzeitigen Vertragsbeendigung, ferner die Take-or-pay-Regelung sowie die eingeschränkte Kündigungsmöglichkeit,

letztlich die Vertragsbindung (faktisch) stärken und deshalb im Hinblick auf eine eventuelle Marktabschottungswirkung die Dauer dieser Vertragsbindung im Fokus steht. Die Frage ist im Ergebnis jedoch zu verneinen, weil der relevante Markt im Zeitpunkt der hier zu beurteilenden Vertragsschlüsse trotz marktüblicher Langzeitbindungen der Abnehmer eine solch erhebliche Dynamik aufwies und für die Zukunft auch weiterhin erwarten ließ, dass eine Marktabschottung und Markterstarrung nicht nahe lag. Die zu dieser Annahme führenden Anhaltspunkte hat die für das Eingreifen des Kartellverbots darlegungspflichtige Beklagte jedenfalls nicht ausgeräumt:

Das Bestehen eines Bündels gleichartiger Verträge kann, selbst wenn es die Möglichkeiten des Marktzugangs wesentlich beeinflusst, für sich allein noch nicht die Feststellung einer Eignung zur Abschottung (oder Erstarrung) des relevanten Marktes rechtfertigen, da es im Hinblick auf die wirtschaftlichen und rechtlichen Begleitumstände, in deren Zusammenhang ein Vertrag bei seiner Beurteilung betrachtet werden muss, nur einen unter mehreren Faktoren darstellt. Es gilt daher die weiteren Bedingungen des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt, vor allem den Sättigungsgrad bzw. das Expansionspotential des relevanten Marktes in die Beurteilung einzubeziehen (vgl. zu allem EuGH, Urteil v. 28.02.1991 - C-234/89, Slg. 1991, I-935-996, Tz. 20, 22 – 24 - *Delimitis-Henninger Bräu*).

Im vorliegend maßgeblichen Zeitraum der streitbefangenen Vertragsabschlüsse 2006 und 2007 war der globale Absatzmarkt für Solarwafer zur Weiterverarbeitung zu Solarzellen weit von einer Marktsättigung entfernt. Die gesamte – schon nach der von der Beklagten vorgelegten Übersetzung der Anlage B 23 (Seite 2 unten der Übersetzung) – wirtschaftlich neue Solarbranche befand sich seinerzeit am Beginn eines *booms* mit der Prognose ganz erheblichen Wachstums der beteiligten Märkte.

Dies dokumentiert sich schon in den streitbefangenen Vertragsschlüssen und der aus den beklagtenseits vorgelegten Anlagen ersichtlichen Geschäftsplanung der Beklagten. Die Lieferverträge *MoU II* und *MoU III* haben zusammen ein Liefervolumen für das Jahr 2010 von 23.733.450 Wafern und ab dem Jahr 2011 von (mehr als) 27,7 Millionen Wafer zum Gegenstand, was – wie bereits erörtert – nahezu dem

Doppelten der Produktionskapazität, über welche die Beklagte im Zeitpunkt des letzten Vertragsschlusses verfügte, entsprach. Die damit angestrebte Erweiterung der Produktionskapazität ist kaufmännisch vernünftig nur auf der Grundlage einer erheblichen, dies mindestens abdeckenden Expansion des eigenen Absatzmarktes für Solarzellen erklärlich. Unabhängig davon plante die Beklagte nach ihrem eigenen Vorbringen gerade vor dem Hintergrund eines aufgrund staatlicher Fördermaßnahmen allgemein, aber speziell auch in Italien boomenden Marktes (so etwa Schriftsatz der Beklagten vom 02.11.2012, Seite 24, GA 288) eine Erweiterung ihrer seinerzeit einzigen Produktionslinie mit einer Leistungsfähigkeit von 30 MW um drei weitere Produktionslinien, die – unter Berücksichtigung der dem Sachstand lediglich zu entnehmenden Werte für die II. und III. Produktionslinie (siehe etwa Übersetzung der Anlagen B 35 und B 36) – die Produktionsfähigkeit der Beklagten mindestens vervierfachen und auf insgesamt mindestens 120 MW steigern sollten. Nach dem – unwidersprochen gebliebenen – Klägervorbringen plante die Beklagte seinerzeit sogar eine Produktionssteigerung auf insgesamt 300 MW bis 2012.

Das im Zeitraum der Vertragsschlüsse bestehende erhebliche Expansionspotential des relevanten Absatzmarktes für Solarwafer zeigt sich darüber hinaus in den von der Beklagten in auszugsweiser Übersetzung zu den Akten gereichten Konzernberichten der Klägerin für das Jahr 2006 (Anlage B 28) und das 3. Quartal 2007 (Anlage B 30). So prognostiziert der Konzernbericht 2006 nicht zuletzt unter Hinweis auf den wachstumsfördernden Einfluss dort exemplarisch dargestellter staatlicher Fördermaßnahmen in Deutschland, anderen europäischen Ländern, den USA und Südkorea [Anlage B 28 – Übersetzung Blatt 6 und 7 (dort als Seite 17 und 18 des Konzernberichts gekennzeichnet)] ein Wachstum des globalen Solarmarktes für 2007 um 30 Prozent [Anlage B 28 – Übersetzung Bl. 13 (dort als Seite 70 des Konzernberichts gekennzeichnet)]. Im Zwischenbericht für das 3. Quartal 2007 gibt die Klägerin an, dass der Markt 2007 mit zweistelligen Zuwachsraten expandiert habe [Anlage B 30 – Übersetzung Bl. 3 (Seite 2 des Berichts)].

Der damalige Boom der Branche wie auch die seinerzeitige Expansionserwartung im Hinblick auf den weltweiten Absatzmarkt für Solarwafer spiegelt sich nicht zuletzt in der Anlage B 1 wieder. Aus dieser ergibt sich, dass die dort benannten „Hauptanbieter“ des relevanten Marktes ihre Produktionskapazitäten („Leistungsfähigkeit“) von 2007 allein auf 2008 durchschnittlich um mehr als das Doppelte ausbauten; insbesondere die in dieser marktführenden Anbietergruppe wiederum führenden Unter-

nehmen steigerten ihre Leistungsfähigkeit hiernach beispielsweise von 420 MW auf 1.400 MW (LDK Solar, China), bzw. von 378 MW auf 645 MW (Renesola, China) und von 295 MW auf 600 MW (Klägerin).

Neben dem seinerzeit bestehenden sowie fortwährend zu erwartenden Expansionspotential des relevanten Marktes ist ferner zu berücksichtigen, dass der Markt unstreitig nicht nur durch langfristige Lieferverträge geprägt war, sondern auch sogenannte Spotgeschäfte üblich waren (und sind). Es ergeben sich weder aus dem Vorbringen der Beklagten noch sonst hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass diesen Spotgeschäften gegenüber langfristigen Lieferverträgen kaum wirtschaftliche Bedeutung zukam.

Auf der anderen Seite kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Wettbewerbsbedingungen des relevanten Marktes nach wie vor gewichtige Zutrittsschranken in Gestalt erheblicher Investitionskosten für Wafer-Fertigungsanlagen sowie für die Rohstoffbeschaffung und eines nicht unbeträchtlichen, sich nach dem Inhalt der streitbefangenen Lieferverträge durchaus als mehrjährig darstellenden zeitlichen Vorlaufs bis zum Produktionsbeginn aufweisen.

Dennoch sprechen die dargestellten Gesichtspunkte – jedenfalls solange nicht von einer markttypischen Exklusivbindung des potentiell wachsenden Nachfragevolumens an existierende Anbieter ausgegangen werden kann – eher gegen eine wirkungsvolle Marktabschottung und Markterstarrung. Dies zeigt sich überdies auch in der Vielzahl seinerzeit kleinerer Wafer-Anbieter auf dem relevanten Markt, wovon – wie im Einzelnen bereits erläutert – aufgrund des Kreisdiagramms der von der Beklagten in Übersetzung vorgelegten Anlage B 1 auszugehen ist. Der relevante Markt ist gerade in Anbetracht seiner in den Jahren 2006 und 2007 abzusehenden erheblichen Wachstumsaussichten offensichtlich auch für kleinere Wafer-Hersteller lukrativ gewesen, was wiederum den Rückschluss erlaubt, dass die bereits bestehenden langfristigen Lieferverträge jedenfalls nicht geeignet waren, einen Marktzutritt für Newcomer trotz erheblicher Anfangsinvestitionen und der bis zu einem Geschäftsumsatz zu vergegenwärtigenden Vorlaufzeiten wirksam einzugrenzen. Gegen eine Markterstarrung aus Sicht der bereits existierenden Anbieter spricht darüber hinaus die aus der tabellarischen Darstellung „Die Leistungsfähigkeit der Hauptanbieter auf dem Wafermarkt“ (Anlage B 1) ersichtliche Dynamik des Marktes, auf dem zwischen 2007 und 2010 einzelne Hauptanbieter zwar mehr oder weniger eine Stagnation (so beispiels-

weise PV Crystalox, UK, und DC Wafers, Spanien), demgegenüber aber die Mehrheit der Hauptanbieter eine erhebliche wettbewerbliche Entwicklung in den Wettbewerbsfaktoren Leistungsfähigkeit und Produktion erkennen lassen, wobei eine Umverteilung der Marktanteile beispielhaft am Fall der Klägerin deutlich wird, die – im Faktor Leistungsfähigkeit – vom fünften Platz im Jahr 2007 auf den vierten Platz im Folgejahr aufrückte.

dd) Insgesamt ergibt sich aus dem entscheidungsrelevanten Sach- und Streitstand nichts für eine durch die streitbefangenen Lieferverträge bei wirtschaftlicher Betrachtung bezweckte oder bewirkte Ausschließlichkeitsbindung, die sodann unter Berücksichtigung der von der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsprechung entwickelten Rechtsgrundsätzen zu einer den Tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EGV verwirklichenden Wettbewerbsbeschränkung führen könnte. In Anbetracht dessen kommt es im Streitfall weder auf die Frage der Spürbarkeit der (bezweckten oder bewirkten) Wettbewerbsbeschränkung noch auf die Frage einer Freistellung der streitbefangenen Lieferverträge nach Art. 81 Abs. 3 EGV i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO 1999 an.

b) Die streitbefangenen Lieferverträge waren weder von Anfang an nach § 134 BGB i.V.m. Art. 82 EGV (nunmehr Art. 102 AEUV) nichtig noch sind sie nachträglich in eine Nichtigkeit nach Maßgabe dieser Vorschriften erwachsen. Desgleichen unterliegt auch die *Änderungsvereinbarung 2011* nicht dem Anwendungsbereich des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots. Denn sowohl im Zeitpunkt des jeweiligen Vertragsschlusses in den Jahren 2006 und 2007 als auch während der gesamten Vertragsdauer bis Ende 2011 war die Klägerin nicht Normadressatin des sich aus Art. 82 EGV ergebenden Verbots. Hiervon ist auszugehen, weil die Beklagte, der für das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots die Darlegungslast obliegt, eine marktbeherrschende Stellung der Klägerin im maßgeblichen Zeitraum nicht substantiiert dargetan.

Art. 82 Satz 1 EGV verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Da Art. 82 EGV keine Art. 81

Abs. 2 EGV entsprechende unmittelbare Sanktionsregelung enthält, hängen die Folgen eines Verstoßes gegen das gemeinschaftsrechtliche Missbrauchsverbot von nationalen Recht ab. Im vorliegend anzuwendenden deutschen Recht ist maßgeblicher Ansatzpunkt daher § 134 BGB, in dessen Sinne Art. 82 EGV ein Verbotsgesetz ist (vgl. zu allem *Fuchs/Möschel* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU, Teil 1, 5. Aufl., Art. 102 AEUV Rn. 415 f. m.w.N.).

Die Darlegungslast für die den gemeinschaftsrechtlichen Verbotstatbestand verwirklichenden Umstände obliegt derjenigen Partei, die sich im Prozess auf den Verstoß und die dadurch begründete Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB beruft, hier also der Beklagten. Dies ergibt sich aus der auch für die Anwendung des Art. 82 EGV in allen einzelstaatlichen und gemeinschaftlichen Verfahren geltenden Regelung des Art. 2 Kartellverfahrens-VO unter Zugrundelegung der im Einzelnen bereits im Zusammenhang mit Art. 81 Abs. 1 EGV erörterten Grundsätze und Erwägungen, auf die an dieser Stelle verwiesen wird. Darüber hinaus entspricht es auch dem zu § 134 BGB allgemein anerkanntem Grundsatz, dass derjenige, der sich auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz beruft, die Beweislast – und dieser nachfolgend die Darlegungslast – für die tatsächlichen Voraussetzungen des geltend gemachten Gesetzesverstoß trägt (vgl. *Ellenberger* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 134 Rn. 12a m.w.N.).

Der ihr somit obliegenden Darlegungslast hat die Beklagte schon deshalb nicht genügt, weil sie eine Einzelmarktbeherrschung durch die Klägerin oder eine ebenso geltend gemachte Marktbeherrschung im Oligopol weder für den Zeitpunkt der streitbefangenen Vertragsabschlüsse in den Jahren 2006 und 2007 noch im Hinblick auf den Zeitraum der nachfolgenden Vertragsjahre substantiiert dargetan hat.

Die Ermittlung einer Marktbeherrschung erfordert im ersten Schritt die Abgrenzung des in sachlicher sowie räumlicher Hinsicht relevanten Marktes und im zweiten Schritt die Feststellung des Beherrschungsgrades des in Rede stehenden Unternehmens auf dem so abgegrenzten Markt (vgl. *Fuchs/Möschel* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU, Teil 1, 5. Aufl., Art. 102 AEUV Rn. 42 mw.N.).

aa) Relevant ist im Streitfall - wiederum - der in räumlicher Hinsicht weltweit abzugrenzende Absatzmarkt für Solarwafer als Vorprodukt für die Solarzellenproduk-

tion, auf welchem sich die Wafer-Hersteller – wie hier die Klägerin - als Anbieter und weiterverarbeitende Solarzellenhersteller – so vorliegend die Beklagte - als Nachfrager gegenüberstehen. Die im Hinblick auf Art. 82 EGV gebotene Marktabgrenzung unterliegt im Wesentlichen denselben Rechtsgrundsätzen und sich unter deren Anwendung im Streitfall ergebenden Erwägungen sowie Befunden, die der Senat schon der Marktabgrenzung im Hinblick auf die Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EGV im Einzelnen dargelegt hat und auf die deshalb verwiesen wird. Unter Zusammenfassung dessen ist hier nur zu ergänzen:

(1) Bei der *sachlichen* Marktabgrenzung richtet sich die Praxis der Gemeinschaftsgerichte

(vgl. statt vieler: EuGH, Urteil vom 21.02.1973 – C-6/72, Slg. 1973, 215 ff., Tz. 32 - *Europemballage und Continental Can*; EuGH, Urteil vom 13.02.1979 – C-85/76, Slg. 1979, 461 ff., Tz. 28 - *Hoffmann-La Roche*; EuG, Urteil vom 09.09.2009 – T-301/04, Slg. 2009, II 3155 ff., Tz. 49 – *Clearstream*)

und der Kommission

(Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997, C 372/5, Tz. 7; vgl. ferner: Kommissionsentscheidung vom 26.07.1988 – 88/501/EWG, ABl. L 272 Tz. 29, 33 – 35 – *Tetra Pak I*)

nach dem Kriterium der funktionellen Austauschbarkeit des in Rede stehenden Produkts mit anderen Produkten aus Sicht der Marktgegenseite (vgl. *Fuchs/Möschel*, a.a.O., Art. 102 AEUV Rn. 48 f. m.w.N.). Maßgeblich ist die dort tatsächlich festzustellende Sichtweise, mangels Feststellbarkeit einer solchen stattdessen die Sichtweise eines verständigen Verbrauchers (vgl. *Fuchs/Möschel*, a.a.O., Art. 102 AEUV Rn. 49 m.w.N.) unter Berücksichtigung insbesondere eventueller Präferenzen der Marktgegenseite, Unterschiede bzw. Unsicherheiten in der Einschätzung der Marktgegenseite hinsichtlich der Qualität und des Verwendungsumfangs einzelner Produkte, unterschiedliche Kundengruppen, Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse durch regulatorische oder andere staatliche Maßnahmen sowie durch von nachgelagerten Märkten ausgehenden Wirkungen (vgl. zu allem: Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997, C 372/5, Tz. 25, 36 – 43; *Fuchs/Möschel*, a.a.O., Art. 102 AEUV Rn. 54 m.w.N.) und schließlich der eventuellen Existenz eines Primär- und Sekundärhandels (Stichwort *Erstausrüstungs- und Ersatzteilmarkt*; vgl.

Fuchs/Möschel, a.a.O., Art. 102 AEUV Rn. 58 mw.N.) sowie von feststellbaren unterschiedlichen Preissegmenten (Stichwort *Luxusgüter*, vgl. *Fuchs/Möschel*, a.a.O., Art. 102 AEUV Rn. 60 m.w.N.).

Ausgehend hiervon ist im Streitfall in sachlicher Hinsicht relevant der Absatzmarkt für Solarwafer als Vorprodukt für die Solarzellenproduktion, auf welchem sich die Wafer-Hersteller als Anbieter und weiterverarbeitende Solarzellenhersteller als Nachfrager gegenüberstehen. Entgegen der Auffassung der Beklagten rechtfertigt nichts die Annahme eines Gesamtmarkts für Produkte der Solarstromerzeugung. Vielmehr ist von einem eigenständigen Markt für Solarwafer auszugehen, weil dieses Zwischenprodukt aus Sicht seiner maßgeblichen Nachfrager, nämlich die Hersteller von Solarzellen und Solarzellmodulen, nicht mit anderen Erzeugnissen der Produktions- und Wertschöpfungskette substituierbar ist.

(2) Der *räumlich* relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die funktionell untereinander austauschbaren Produkte unter hinreichend homogenen Wettbewerbsbedingungen vertrieben werden und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet (vgl.: EuGH, Urteil vom 14.02.1978 – C-27/76, Slg. 1978, 207 ff., Tz. 10/11 und 44 – *United Brands und United Brands Continentaal*; Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997, C 372/5, Tz. 8; *Fuchs/Möschel*, a.a.O., Art. 102 AEUV Rn. 65). Im Ausgangspunkt vollvollzieht sich diese Abgrenzung ebenfalls nach dem Kriterium der Austauschmöglichkeiten aus Sicht der Marktgegenseite unter Berücksichtigung feststellbarer Eigenheiten in der Nachfragestruktur (wie etwa nationale oder regionale Präferenzen, unterschiedlich lokalisierbare Üblichkeiten im Verhaltensmuster sowie Produkt- und Markendifferenzierung). Ergänzend sind ferner Besonderheiten in der Angebotsstruktur

- wie etwa Handelsbarrieren in Gestalt beispielsweise von Zöllen, staatliche Einfuhrkontingentbeschränkungen, regulatorische Schranken oder andere sich auf die Handelsströme auswirkende staatliche Reglementierungen und vor allem Transportkosten -

in die Betrachtung einzubeziehen und dahin zu prüfen, ob und inwieweit durch diese die Unternehmen in einem bestimmten Gebiet gegen Wettbewerbsdruck abgeschirmt werden, der von außerhalb des Gebiets gelegenen Unternehmen ausgeht (vgl. zu

allem: Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997, C 372/5, Tz. 29 – 31; *Fuchs/Möschel*, a.a.O., Art. 102 AEUV Rn. 65 m.w.N.). Ausgerichtet am Binnenmarktziel wird regelmäßig ein EU-weiter Markt anzunehmen sein, wenn die funktionell austauschbaren Produkte zu ähnlichen Bedingungen in der gesamten Union abgesetzt oder nachgefragt werden. Existieren auch unter Berücksichtigung der Angebotsstruktur weder Handelsschranken noch ins Gewicht fallende Transportkosten, kann – auch für die Zwecke des Art. 82 EGV – ein weltweiter Markt zugrunde zu legen sein

(vgl. zu allem *Fuchs/Möschel*, a.a.O. unter Hinweis in Fußnote 277 insbesondere auf Kommissionsentscheidungen nach Art. 9 Kartellverfahrens-VO in Missbrauchsverfahren, in denen jeweils ein weltweiter Markt mit Vertrieb bzw. Weiterverarbeitung im Europäischen Wirtschaftsraum zugrunde gelegt wurde).

Dem steht der Wortlaut des Art. 82 Satz 1 EGV mit dem tatbestandlichen Erfordernis einer *beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben* nicht entgegen. Die Anwendung des gemeinschaftsrechtlichen Missbrauchsverbots erfordert unter Berücksichtigung seines Zwecks, den Binnenmarkt mit einem unverfälschten Wettbewerb zu verwirklichen (vgl. *Fuchs/Möschel* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU, Teil 1, 5. Aufl., Art. 102 AEUV Rn. 1 und 7 m.w.N.), eine Marktabgrenzung, die mit möglichst größter Annäherung den tatsächlichen Strukturen und Bedingungen des fraglichen Wettbewerbs Rechnung trägt. Aufgrund dessen verbietet sich eine von den tatsächlichen wettbewerblichen Einflussfaktoren des fraglichen Marktes losgelöste, künstliche Beschränkung auf maximal den Binnenmarkt, wenn der Markt tatsächlich räumlich über diesen hinausgeht. Stellt sich der räumlich weiterreichende Markt unter dem Gesichtspunkt einer ohne nennenswerten Mehraufwand auf in und außerhalb des Binnenmarktes ansässige Lieferanten umlenkbaren Nachfrage bei gleichzeitigem Fehlen in Gewicht fallender Handelshemmnisse als einheitlich dar, wird der auf ihm marktbeherrschende Anbieter aufgrund der engen Handelsverflechtung regelmäßig auch bei isolierter Betrachtung des dem Binnenmarkt entsprechenden geografischen Marktsegments eine beherrschende Stellung innehalten. Sollte sich die Marktstellung des fraglichen Anbieters auf diesem geografischen Marktsegment aufgrund (nur) dort bestehender Besonderheiten in der Nachfragestruktur oder in der Unternehmensausrichtung des fraglichen Anbieters stärker oder schwächer als bei Gesamtbetrachtung des räumlich

weitergehenden Marktes darstellen, wird dies – soweit die Besonderheiten nicht ohnehin zur Bestimmung räumlich verschiedener Märkte führen – durch die Verhältnisse des Gesamtmarktes relativiert.

Unter Anwendung dieser Rechtsgrundsätze ist der vorliegend relevante Markt als Weltmarkt zu bestimmen. In räumlicher Hinsicht stand aus Sicht eines Nachfragers, unabhängig von dessen Sitz und geografischen Wirkungsraum, ein weltweites Anbieterfeld mit insbesondere in Europa, den USA und Asien ansässigen Hauptanbietern offen, in welchem die Nachfrage kurzfristig sowie ohne ins Gewicht fallende Mehrkosten zwischen den in Betracht kommenden Lieferanten umgelenkt werden konnte. Dies ergibt sich zunächst einmal bezogen auf den Zeitraum der Vertragsabschlüsse *MoU II* und *MoU III* – wie im Einzelnen bereits erläutert – schon aus dem eigenen Vorbringen der Beklagten zu den seinerzeit alternativ zur Klägerin in Betracht gezogenen Lieferanten. Dass die seinerzeit durch das weltweite Fehlen wesentlicher Handelshemmnisse geprägten Rahmenbedingungen sich theoretisch jederzeit wandeln konnten, rechtfertigt an sich noch keine Differenzierung zwischen den jedenfalls eng verflochtenen Teilgebieten des sich damals (wie heute) einheitlich darstellenden Handelsraums. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Marktüblichkeit langfristiger Bezugsverträge, jedenfalls sofern sich – wie im Streitfall – im Zeitpunkt deren Abschlusses keine Anhaltspunkte für eine zu erwartende Konkretisierung des bloß denkbaren Wandels ergeben. Selbst die Beklagte hat sich – nach ihrem eigenen Vorbringen – damals jedenfalls nicht aus diesem Gesichtspunkt an einen Vertragsschluss mit dem alternativ in Betracht gezogenen japanischen Waferproduzenten gehindert gesehen. Soweit die Beklagte geltend macht, keinen anderen Hersteller mit einer ihren Bezugswünschen entsprechenden Lieferkapazität gefunden zu haben, lässt auch die damit in Bezug genommene Leistungsfähigkeit der Abnehmer keine geografische Schwerpunktbildung in der Substitutionsfähigkeit der Abnehmer erkennen, zumal – wie die Anlage B 1 aufzeigt – leistungsstarke Anbieter nicht nur im EU-Wirtschaftsraum ansässig sind. An dieser Struktur des Marktes und seiner Handelsströme hat sich sodann während der nachfolgenden Lieferbeziehung zwischen den Parteien bis zu deren Ende im Jahr 2011 nichts Entscheidendes geändert. Die Beklagte hat selbst – u.a. mittels der von ihr in das Verfahren eingeführten Anlage B 37. – vorgetragen, im Zeitraum 2007 bis 2011 von verschiedenen, geografisch von Europa über China bis zu den USA verteilten Lieferanten Solarwafer

bezogen zu haben. Weder aus dem tatsächlichen Vorbringen der Beklagten noch sonst ergeben sich Anhaltspunkte

- (a) zum einen für beachtliche, durch die Verschiedenheit im Anbieterstandort begründete Unterschiede in den Preisen oder sonstigen Erwerbskosten, für räumlich eingrenzbar Nachfragepräferenzen oder Nachfrageschwerpunkte oder
- (b) zum anderen für seinerzeit tatsächlich bestehende Handelshemmnisse aus Sicht der verschiedenen global verteilten Anbieter oder ins Gewicht fallender Unterschiede in den Transportkosten,

aufgrund derer bestimmte geografische Räume sich durch die dort jeweils vorherrschenden Wettbewerbsbedingungen von anderen unterscheiden. In der Gesamtbeurteilung des mithin zugrunde liegenden Sachstands ist demzufolge für den gesamten Zeitraum von den Vertragsabschlüssen in 2006 und 2007 bis zum Ende der Vertragsbeziehung im letzten Quartal 2011 von hinreichend homogenen Wettbewerbsbedingungen in dem globalen Vertrieb von Solarwafern auszugehen.

Soweit die Beklagte zuletzt mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 16. Oktober 2014 (dort Vorlagefrage I.) das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV zu der von ihr hier vertretenen Auslegung des Art. 82 EGV angeregt hat, dass - sinngemäß - der geografisch relevante Markt im Sinne der Vorschrift maximal der Binnenmarkt sein könne, sieht der Senat im Streitfall keine Veranlassung zur Vorlage. Unabhängig davon, dass der Senat als nicht letztinstanzliches Gericht nach Art. 267 Abs. 2 AEUV zur Vorlage berechtigt, hierzu aber nicht im Sinne des Absatzes 3 der Vorschrift verpflichtet ist, steht das hier zugrunde gelegte Verständnis des im Rahmen des Art. 82 EGV in Betracht kommenden räumlich relevanten Marktes in Übereinstimmung mit der auch von der Beklagten in Bezug genommenen Rechtsanwendungspraxis der Kommission in Beihilfesachen im Sinne der Artt. 87 ff EGV (nunmehr Artt. 107 ff. AEUV); während die gemeinschaftsrechtlichen Beihilfevorschriften eine Verfälschung des Wettbewerbs durch staatliche Eingriffe verhindern sollen, verfolgen die Artt. 81 und 82 EGV denselben Zweck im Hinblick auf von Unternehmen ausgehenden Wettbewerbsverfälschungen, so dass der fraglichen Kommissionspraxis auch insoweit Relevanz für die Marktabgrenzung zukommt.

bb) Eine beherrschende Stellung der Klägerin auf dem so abgegrenzten relevanten Markt hat die Beklagte entgegen der ihr insoweit obliegenden Darlegungslast

weder für den Zeitpunkt der streitbefangenen Vertragsabschlüsse noch für einen späteren Zeitraum während der Vertragsdauer, insbesondere auch nicht für den Zeitpunkt der *Änderungsvereinbarung 2011* dargetan.

(1) Unter einer beherrschenden Stellung i.S. von Art. 82 Satz 1 EGV ist nach der ständigen Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte

(vgl. statt vieler: EuGH, Urteil vom 14.02.1978 – C-27/76, Slg. 1978, 207 ff., Tz. 63/66 - *United Brands und United Brands Continentaal*; EuGH, Urteil vom 13.02.1979 – 85/76, Slg. 1979, 461 – 601, Tz. 38 – *Hoffmann-La Roche*; EuG, Urteil vom 25.06.2010 – T-66/01, Slg 2010, II-2631-2780, Tz. 254 – *ICI*)

und der Kommission

(vgl. statt vieler: Kommissionsentscheidung vom 14.12.1985 - 85/609/EWG, ABI. L 374, 1-27, Tz. 67 – *ECS/Akzo II*; Kommissionsentscheidung vom 16.07.2003 – COMP/38.233, WuW/E EU-V 1005 – 1012, Tz. 208 f. – *Wanadoo Interactive*)

die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens zu verstehen, die es in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Konkurrenten, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten. Eine solche Stellung schließt im Gegensatz zu einem Monopol oder einem Quasi-Monopol einen gewissen Wettbewerb nicht aus, versetzt aber das begünstigte Unternehmen in die Lage, die Bedingungen, unter denen sich dieser Wettbewerb entwickeln kann, zu bestimmen oder wenigstens merklich zu beeinflussen, jedenfalls aber weitgehend in seinem Verhalten hierauf keine Rücksicht nehmen zu müssen, ohne dass ihm dies zum Schaden gereichte (EuGH, Urteil vom 13.02.1979 – 85/76, Slg. 1979, 461 – 601, Tz. 39 – *Hoffmann-La Roche*). Ob dies der Fall ist, ist in erster Linie anhand der Struktur des relevanten Marktes und der dort herrschenden Wettbewerbsverhältnisse (vgl.: EuGH, Urteil vom 14.02.1978 – C-27/76, Slg. 1978, 207 ff., Tz. 63/66 - *United Brands und United Brands Continentaal*; EuG, Urteil vom 25.06.2010 – T-66/01, Slg 2010, II-2631-2780, Tz. 255 – *ICI*), darüber hinaus aber auch der Unternehmensstruktur und des Marktverhaltens des fraglichen Unternehmens (vgl. *Fuchs/Möschel* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU, Teil 1, 5. Aufl., Art. 102 AEUV Rn. 86 m.w.N.) zu beurteilen.

(2) Die gebotene wertende Gesamtschau der hierunter zu fassenden Einzelaspekte (*Fuchs/Möschel*, a.a.O.), die jeweils für sich genommen nicht ausschlaggebend sein müssen (EuGH, Urteil vom 14.02.1978 – C-27/76, Slg. 1978, 207 ff., Tz. 63/66 - *United Brands und United Brands Continentaal*), erlaubt im Streitfall keine Feststellung einer beherrschenden Stellung der Klägerin:

(2.1) Die Betrachtung der Marktstruktur im zu beurteilenden Zeitraum 2006 bis 2011 zeigt keinen solch entscheidenden Einfluss der Klägerin auf den Wettbewerb auf, der ihr ein hiervon weitgehend unabhängiges Marktverhalten ermöglichte. Die sich auf der Grundlage des Beklagtenvorbringens sowie des Sach- und Streitstandes im Übrigen darstellenden Umstände zur Struktur des weltweiten Absatzmarktes für Solarwafer sowie die sich daraus ergebenden Schlussfolgerungen in Bezug auf eine Marktbeeinflussung durch die Klägerin sind im Zusammenhang mit der Frage einer Wettbewerbsbeschränkung i.S. des Art. 81 Abs. 1 EGV bereits im Einzelnen erörtert worden. Bezug nehmend auf diese Ausführungen ist unter deren Zusammenfassung an dieser Stelle lediglich zu ergänzen:

(2.1.1) Der Marktanteil der Klägerin betrug nach den Feststellungen der Kommission in der Beihilfesache C 34/08 (ex N 170/08) im Jahr 2006 15 % bis 20 % sowie im Jahr 2007 10 % bis 15 %. Umstände, die zu einer anderen Bewertung des klägerischen Marktanteils auf dem Weltmarkt für den Absatz von Solarwafern im fraglichen Zeitraum führen, sind weder von der Beklagten dargetan noch sonst ersichtlich. Die Beklagte hat ferner auch nicht im Ansatz dargelegt, dass dieser Marktanteil in den nachfolgenden Jahren bis 2011 eine signifikante Steigerung erfahren hätte. Solches ergibt sich insbesondere nicht aus der beklagtenseits zu den Akten gereichten Anlage B 1, Tabelle „Die Leistungsfähigkeit der Hauptanbieter auf dem Wafermarkt“, und dem daraus unmittelbar allenfalls ersichtlichen Umstand, dass die Klägerin – ausschließlich bemessen nach ihrer Produktionskapazitäten - im Jahr 2008 auf den vierten Platz im Ranking der Hauptanbieter des Marktes vorrückte und diesen Rang bis 2010 innehielt. Dies erlaubt keine Rückschlüsse auf ihren Marktanteil in diesem Zeitraum.

Ein Marktanteil unter 25 % ist im Regelfall zu niedrig, um die Annahme einer marktmächtigen Stellung im Sinne des Missbrauchsverbots begründen zu können (vgl. *Fuchs/Möschel* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU, Teil 1, 5. Aufl., Art. 102 AEUV Rn. 93 m.w.N.). Überdies weist im Fall der Klägerin bei-

spielsweise die rückläufige Marktanteilsentwicklung zwischen 2006 und 2007 auf eine Dynamik des relevanten Marktes mit funktionsfähigem Wettbewerb hin, was wiederum eher gegen eine Marktstellung der Klägerin spricht, kraft derer sie zu einem vom Wettbewerb weitgehend unabhängigen Verhalten befähigt gewesen wäre. Schließlich bleibt die Aussagekraft der klägerischen Marktanteile von 15 % bis 20 % bzw. 10 % bis 15 % im Streitfall aber auch deshalb ohne Aussagekraft, weil der Sach- und Streitstand schon keine Feststellungen zu den relativen Marktanteilen der Wettbewerber sowie zu den Marktanteilsabständen zwischen den Anbietern des relevanten Marktes und damit keine diesbezügliche Gewichtung des klägerischen Marktanteils erlaubt. Belastbare Schlussfolgerungen im Hinblick auf die Marktstellung der Klägerin und ihrer dadurch begründeten Möglichkeiten zur Beeinflussung der Wettbewerbsbedingungen sind hier deshalb nur unter weiterer Berücksichtigung sich aus dem Sach- und Streitstand sonst ergebender Anhaltspunkte betreffend die Struktur des relevanten Marktes und die seinerzeit dort herrschenden Wettbewerbsbedingungen möglich.

(2.1.2) Die Struktur des relevanten Marktes und der dort bestehenden Wettbewerbsverhältnisse war im maßgeblichen Betrachtungszeitraum 2006 bis 2011 zunächst einmal durch die Existenz weniger marktführender Hauptanbieter eines allerdings breit gefächerten Anbieterfeldes geprägt.

Dies folgt, wie im Einzelnen bereits im Rahmen des Art. 81 Abs. 1 EGV ausgeführt, aus der bereits erwähnten tabellarischen Darstellung „Die Leistungsfähigkeit der Hauptanbieter auf dem Wafermarkt“ in der Anlage B 1 [nachfolgend Tabelle (Anlage B 1)]. Hierin spiegelt sich die seinerzeit allgemeine Markteinschätzung einer Gruppe von wenigen *Hauptanbietern* wieder, der auch die Klägerin angehörte. Das Beklagtenvorbringen lässt offen, auf welchen Kriterien die Zuordnung zur Gruppe der Hauptanbieter beruht; selbst die Schlussfolgerung, dass hierfür die dargestellte Leistungsfähigkeit gegenüber sonstigen Anbietern entscheidend wäre, ist nicht gerechtfertigt, da die in der Anlage B 1 dargestellte Tabelle zumindest einen (angeblichen) Hauptanbieter ohne jegliche Angaben zu dessen Leistungsfähigkeit umfasst. Indes lässt die von der Anlage B 1 ebenfalls umfasste Grafik eines Kreisdiagramms – wie desgleichen bereits erläutert – trotz ihres unklaren Bezugspunkts und Aussagegehalts dennoch darauf schließen, dass diese Hauptanbieter nicht die überwiegende *Zahl* der Anbieter des relevanten Marktes repräsentieren, sondern ein weitaus größeres

Anbieterfeld einschließlich dort als „Andere“ bezeichnete kleinere Anbieter existierte. Auch wenn unklar bleibt, welche Bezugsgröße die in dem benannten Kreisdiagramm dargestellten relativen Anteile haben sollen, liegt aufgrund der Anteilsangaben für die sechs dort namentlich benannten Anbieter von 3,7 % bis 14,6 % die Annahme nahe, dass die mit einem Anteil von 54,7 % dargestellte Gruppe von „Andere“ sich aus anderen Anbietern mit relativen Einzelanteilen von maximal 3,7 % und darunter zusammensetzt; dies wiederum kann nur bedeuten dass es mindestens 15, eher aber eine noch größere Anzahl weiterer Anbieter neben den ausdrücklich dort benannten sechs Hauptanbietern gab.

Welche wettbewerblichen Auswirkungen dies auf den Markt zeitigte, bleibt auf der Grundlage des sich aus der Tabelle (Anlage B 1) *unmittelbar* erschließenden Aussagegehalts indes offen:

Für sich genommen ergibt sich aus der Tabelle neben der Angebotsstruktur selbst im Wesentlichen nur, dass die Klägerin zu den mit Abstand leistungsfähigsten Anbietern des relevanten Marktes gehörte. Gemessen an der Leistungsfähigkeit, also den Produktionskapazitäten, rangierte die Klägerin hiernach unter den *Hauptanbietern*

im Jahr 2007 an fünfter,

im Jahr 2008 an vierter,

im Jahr 2009 an dritter und

im Jahr 2010 – was schon für sich auf einen funktionierenden Wettbewerb

hindeutet – wieder an vierter Stelle. Ihre Produktionskapazitäten lagen in diesem Zeitraum bei rund

80 % bis 27 % (2007),

93 % bis 43 % (2008),

65 % bis 50 % (2009) sowie

96 % bis 42 % (2010) der entsprechenden Leistungsfähigkeit der vor ihr rangierenden Konkurrenten. Zugleich überstieg ihre Leistungsfähigkeit diejenige der nach der Tabelle ihr nachgehenden Hauptanbieter um rund 47 % im Jahr 2007 sowie um rund 50 % bis zum Zehnfachen im Jahr 2008 bzw. bis zum Zwanzigfachen in den Jahren 2009 sowie 2010. Die tabellarische Darstellung der Tabelle (Anlage B 1) lässt ferner noch darauf schließen, dass die nicht angeführten übrigen Anbieter des Marktes gemessen an ihrer jeweiligen Produktionskapazität weit hinter der Klägerin zurücklagen.

Dieser Befund erlaubt indes noch keine hinreichenden Schlussfolgerungen darauf, wie sich die Leistungsfähigkeit der Klägerin – und ihrer Hauptkonkurrenten – wettbewerblich auswirkte. Dies gilt, zumal die Leistungsfähigkeit nicht mit dem tatsächlichen Produktionsausstoß und dem Umsatz gleichgestellt werden kann. Dies wiederum folgt bereits aus der rechten Spalte der Tabelle (Anlage B 1), die gegenüber der Leistungsfähigkeit des jeweiligen Herstellers deutlich abweichenden Angaben zur tatsächlichen Produktion wiedergibt, wobei sich keine Hinweise auf eine Proportionalität zwischen Leistungsfähigkeit und Produktionsausstoß, sondern demgegenüber vielmehr für über die Jahre beträchtlich schwankende Kapazitätsausnutzungen – etwa im Fall der die Tabelle anführenden *LDK Solar* zwischen rund 62 % (2007) bis ca. 75 % (2009) – ergeben.

(2.1.3) Mittelbar lassen sich aus den Befunden der Tabelle (Anlage B 1) unter Berücksichtigung sonstiger Umstände indes folgende weiterführenden Schlussfolgerungen auf die Marktstruktur, die Wettbewerbsverhältnisse und die Marktstellung der Klägerin ableiten:

(a) Zunächst einmal lässt die in der linken Spalte der Tabelle (Anlage B 1) dargestellte Entwicklung der den einzelnen Hauptanbietern zukommenden Leistungsfähigkeit im Zeitraum 2007 bis 2010 darauf schließen, dass es sich um einen Wachstumsmarkt handelte. Ansonsten ließe sich der teilweise beträchtliche Ausbau der Produktionskapazitäten unter Berücksichtigung kaufmännischer wie unternehmerischer Vernunft und des sich nach dem Sach- und Streitstand als unstreitig darstellenden Umstandes, dass die Schaffung von Produktionskapazitäten erhebliche Investitionskosten in mehrfacher Millionenhöhe und zum Teil mehrjährige Vorlaufzeiten erforderte, nicht plausibel erklären. Allein vom Jahr 2007 auf das Folgejahr erhöhte sich die Produktionskapazität beispielsweise im Fall der Klägerin um mehr als das Doppelte und im Fall der *LDK Solar* sogar um mehr als das Dreifache. Anhaltspunkte für eine eher spekulative Geschäftspolitik der Anbieter des relevanten Marktes ergeben sich weder aus dem Vorbringen der Beklagten noch sonst; im Gegenteil sprechen die unstreitige Marktüblichkeit langfristiger Lieferverträge und die für den maßgeblichen Zeitraum ebenfalls unstreitige Knappheit des Rohstoffs Silizium für eine an der konkreten Nachfrage orientierte und nicht auf Vorratshaltung ausgerichtete Produktion und Produktionsplanung der Solarwaferhersteller.

(b) Geht man – was vor allem unter Berücksichtigung des hohen Investitionsaufwandes und der kaufmännisch gebotenen Rentabilitätserwartung allein plausibel ist – davon aus, dass die Kapazitätsplanung der einzelnen Anbieter an der von ihnen tatsächlich verzeichneten Nachfrage insbesondere durch langfristig vertraglich gebundene Abnehmer ausgerichtet war, weist der in der Tabelle (Anlage B 1) dokumentierte höchst unterschiedliche Verlauf der Kapazitätsentwicklung deutlich darauf hin, dass der Markt eine dynamische Entwicklung zeigte, von Wettbewerb zwischen den Hauptanbietern gekennzeichnet war und einmal erlangte Marktpositionen auch innerhalb der Gruppe der Hauptanbieter nicht wettbewerblich gesichert waren.

Dies zeigt sich eindrucksvoll am Beispiel der beiden die Gruppe der Hauptanbieter anführenden Unternehmen *LDK Solar* und *REC Wafer*, wenn man die Produktionsangaben in der rechten Spalte der Tabelle (Anlage B 1) einbezieht. Während bei *LDK Solar* mit einem über die Jahre fortlaufend erheblichen Kapazitätsausbau auf mehr als das siebenfache ihrer ursprünglichen Leistungsfähigkeit eine andauernde Produktionssteigerung von 2007 bis 2010 auf mehr als das achtfache einhergeht, verzeichnete *REC Wafer* mit seiner in den Jahren 2007 und 2008 gleichbleibenden und sodann um etwa 20 % bis 25 % pro Jahr gesteigerten Kapazität demgegenüber eine zurückhaltende Steigerung des Produktionsausstoßes auf nahezu das Doppelte der ursprünglichen Produktion; damit verlor *REC Wafer* ihre nach Produktionszahlen im Jahr 2007 führende Stellung an die schließlich mit erheblichem Abstand führende *LDK Solar*. In Anbetracht des unstreitigen Umstandes, dass langfristige Lieferverträge marktüblich waren (und sind), ist zu schlussfolgern, dass sich die Produktion im Allgemeinen jedenfalls weitgehend an der vertraglich gebundenen Nachfrage orientierte; ferner ist aufgrund des für 2007 bis 2010 ebenfalls unstreitigen Rohstoffmangels davon auszugehen, dass nicht auf langfristige Lieferverträge ausgerichtete Produktionen im Spotgeschäft verkauft werden konnten und im Allgemeinen nicht „auf Halde“ produziert wurde. Ist demnach der Produktionsausstoß mehr oder weniger dem Umsatz gleichzustellen, zeigt sich schon am Beispiel der beiden Marktführer *LDK Solar* und *REC Wafer* im betrachteten Zeitraum eine mehr als deutliche Marktanteilsverschiebung und Dynamik der Marktanteilsentwicklung.

Ähnlich unterschiedliche Entwicklungen zeigen sich auch bei den übrigen Hauptanbietern. So bauten in dem von der Tabelle (Anlage B 1) umfassten Zeitraum neben *LDK Solar* beispielsweise *Reynosola*, *Yingli Green Energy Holding* und die

Klägerin ihre Kapazitäten kontinuierlich in beträchtlichem Umfang von mehreren 100 % ihrer anfänglichen Kapazität aus, während – ähnlich *REC Wafer* - etwa *PV Crystalox* nach anfänglichem Kapazitätsausbau in verhältnismäßig geringen Umfang sodann in ihrer Kapazität stagnierte. Das spanische Unternehmen *DC Wafer* wiederum etablierte sich als offensichtlicher Markteinsteiger (Kapazität im Jahr 2007: „0“) aus dem Stand heraus als – laut Tabelle (Anlage B 1) – siebt leistungsfähiger Hersteller von Solarwafern. Diese höchst unterschiedlichen Entwicklungsverläufe im Aspekt Leistungsfähigkeit sind nach vorgenannten Erwägungen – und mangels anderer sich aus dem Sach- und Streitstand ergebender Anhaltspunkte – plausibel nur mit entsprechend Investitionsanreize oder Zurückhaltung vermittelnden, in jedem Fall aber unterschiedlichen Geschäfts- und Umsatzentwicklung der einzelnen Unternehmen zu erklären.

Weder die insoweit zugrunde gelegten Prämissen noch die darauf gestützten Schlussfolgerungen hat die Beklagte entkräftet bzw. ausgeräumt.

(c) Ein Indiz für die Dynamik der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Wachstumsmarkt und damit für einen wirksamen Wettbewerb – auch – zwischen den Hauptanbietern ist aus der Gegenüberstellung der Tabelle (Anlage B 1) einerseits der Leistungsfähigkeit der Hauptanbieter und andererseits des Produktionsausstoßes zumindest von vier dort lediglich erfassten Hauptanbietern abzuleiten.

Im Verhältnis der Produktion [rechte Spalte der Tabelle (Anlage B 1)] zur Produktionskapazität [linke Spalte der Tabelle (Anlage B 1)] stellt sich der Auslastungsgrad der Solarwaferhersteller wie folgt dar:

	Leistungsfähigkeit (MW)	Produktion (MW)	Auslastungsgrad rund
2007			
LDK Solar	420	260	62 %
REC Wafer	1.100	503	46 %
Renesola	378	126	33 %
PV Crystalox	370	215	58 %
2008			
LDK Solar	1.400	1.000	71 %
REC Wafer	1.100	582	53 %

Renesola	645	350	54 %
PV Chrystalox	390	255	65 %
2009			
LDK Solar	1.800	1360	76 %
REC Wafer	1.375	818	59 %
Renesola	825	527	64 %
PV Chrystalox	430	260	60 %
2010			
LDK Solar	3.000	2.136	71 %
REC Wafer	1.675	1.210	72 %
Renesola	1.300	888	68 %
PV Chrystalox	430	430	100 %

Zusammengefasst zeigt sich neben der Feststellung, dass alle insoweit berücksichtigten Hersteller ihren Auslastungsgrad über die Jahre zu steigern vermochten, eine mehr oder weniger breite jährliche Spanne des erreichten Auslastungsgrades: Dieser liegt zwischen 33 % und 62 % im Jahr 2007, 53 % und 71 % im Jahr 2008, 59 % und 76 % im Jahr 2009 und schließlich 68 % und – lässt man *PV Chrystalox*, die dem sich bei den übrigen drei Herstellern zeigenden Trend zu Investitionen in einen Kapazitätsausbau in jenem Jahr offensichtlich nicht folgte und deren Fall sich daher abhebt, einmal außen vor - 72 % im Jahr 2010.

Es liegt nahe, den in der Tabelle ausgewiesenen Produktionsausstoß jedes angeführten Unternehmens als umsatzeffektiv zu bewerten, wenn man bedenkt, dass der relevante Markt durch marktübliche Langzeitlieferverträge gekennzeichnet war und deshalb von einer weitgehend an der tatsächlichen Nachfrage vertraglich gebundener Abnehmer orientierten Produktion auszugehen ist. Dies vorausgeschickt weisen namentlich

- die in jedem Jahr relativ breite Spanne des damit dokumentierten Vermögens, Produktionskapazitäten letztlich umsatzeffektiv ausnutzen zu können,
- ferner die bei allen vier Anbietern ersichtliche tatsächliche Auslastungssteigerung
- und schließlich die höchst unterschiedliche Entwicklung der Auslastungssteigerung des jeweiligen Unternehmens,

auf einen sich dynamisch entwickelnden und im Wachstum befindlichen Absatzmarkt mit funktionsfähigem Wettbewerb hin.

(d) Der zugrunde zu legende Sach- und Streitstand spricht unter Berücksichtigung der bislang im Rahmen der Marktstrukturbetrachtung getroffenen Erwägungen eher dafür, dass die umsatzeffektive Produktion der Klägerin eine Entwicklung genommen hat, die jedenfalls in der Relation mit derjenigen der unter dem Gesichtspunkt des Auslastungsgrades soeben erörterten Konkurrenten vergleichbar ist. Anders ist unter Berücksichtigung kaufmännischer sowie unternehmerischer Vernunft der aus der Tabelle (Anlage B 1) ersichtliche kontinuierliche Ausbau der Produktionskapazitäten der Klägerin von 295 MW (2007) auf 600 MW (2008) und darüber hinaus auf 900 MW (2009) und 1.250 MW (2010) nicht zu erklären. Allerdings ist auch für die Klägerin davon auszugehen, dass sie ihre Produktionskapazitäten bei weitem nicht in vollem Umfang in einen umsatzeffektiven Produktionsausstoß umsetzen konnte und ihre Produktion sich allenfalls in den aus der Tabelle der Anlage B 1 ersichtlichen Auslastungsspannen bewegte. Anhaltspunkte für eine demgegenüber, insbesondere gegenüber den Hauptwettbewerbern, positivere Entwicklung des klägerischen Unternehmens und höhere Auslastungsrate ergeben sich weder aus dem Vorbringen der Beklagten noch sonst.

In Anbetracht der in der Tabelle für die Klägerin ausgewiesenen Produktionskapazitäten, nach denen sie im Gesamtvergleich der Hauptanbieter an fünfter bzw. vierter Stelle rangierte, liegt daher die Annahme nahe, dass die Klägerin in den Jahren 2007 bis einschließlich 2010 auch nach Produktionsausstoß und Umsatz im Mittelfeld der marktführenden Hauptanbietergruppe lag. Unter Zugrundelegung der Leistungsfähigkeitswerte und der zu beobachtenden Auslastungsspanne ist ferner anzunehmen, dass hierbei insbesondere die Konkurrenten *REC Wafer* (im Jahr 2007) und ferner (ab 2008) *LDK Solar* mit Abstand das Hauptanbieterfeld anführten.

Ausgehend von dem für 2007 vom Landgericht unter Verweis auf die Feststellungen der EG-Kommission festgestellten Marktanteil der Klägerin in Höhe von 10 % bis 15 % muss nach alledem für die mit der Klägerin konkurrierenden Hauptanbieter jeweils ebenfalls ein Marktanteil etwa in dieser Größenordnung, teilweise wohlmöglich sogar ein höherer Wert zugrunde gelegt werden. Dies führt wiederum zu der Schlussfolgerung, dass der relevante Markt im gesamten fraglichen Zeitraum eine deutliche Konzentration auf wenige Hauptanbieter, deren Angebot den größten Teil der Nachfrage abdeckten, geprägt war. Daneben existierte eine größere Anzahl kleinerer Anbieter mit relativ geringfügigen Marktanteilen.

(e) Weiter kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass zumindest die Hauptanbieter – wie der aus der Tabelle (Anlage B 1) sich aufdrängende Vergleich zwischen Leistungsfähigkeit und Produktion aufzeigt – über teils erhebliche ungenutzte Produktionskapazitäten verfügten. Diesem Gesichtspunkt wohnt im Allgemeinen eine gewisse Ambivalenz inne: Ungenutzte Produktionsressourcen eröffnen den Anbietern einen nicht unerheblichen wettbewerblichen Verhaltens- und Reaktionsspielraum, der sich deshalb einerseits als Wettbewerbsvorteil darstellt; verfügen aber gerade auf einem durch weitgehende Konzentration auf wenige (Haupt-)Anbieter gekennzeichneten Markt im Wesentlichen alle marktführenden Anbieter über diesen Wettbewerbsvorteil, kann der Ressourcenrückhalt andererseits abschreckende Wirkung entfalten, da er zu wirksamen Reaktionen auf etwaige Wettbewerbsvorstöße befähigt. In Anbetracht der Umstände des Streitfalls, dass zum einen Vieles gegen eine Erstarrung und für eine Dynamik des zudem seinerzeit im Wachstum befindlichen Marktes spricht und zum anderen Anhaltspunkte für einen wirksamen Wettbewerb selbst zwischen den marktführenden Hauptanbietern zu konstatieren sind, kommt dem Gesichtspunkt ungenutzter Produktionskapazitäten im relevanten Markt zu dem maßgeblichen Zeitraum jedoch eher eine wettbewerbsfördernde Eignung zu.

(f) Zusammengefasst bildete die Klägerin mit einigen mehr oder weniger gleichstarken Wettbewerbern eine Gruppe marktführender Anbieter auf dem zwar eine starke Konzentration der Nachfrage auf diese Gruppe aufweisenden, zugleich aber durch Dynamik sowie Wachstum und eine größere Zahl nachrückender kleinerer Anbieter geprägten relevanten Markt. Im Verhältnis der Hauptanbieter untereinander kann nicht von gesicherten Marktpositionen ausgegangen werden, zumal zwischen diesen in beträchtlichem Umfang über Produktionskapazitätsreserven verfügenden Hauptanbietern erkennbar ein wirksamer Wettbewerb mit der Folge von Marktanteilsverschiebungen stattfand.

(2.1.4) Die gebotene Marktstrukturbetrachtung hat des Weiteren die Marktverhaltensspielräume der Marktgegenseite, insbesondere das Gewicht der Nachfragemacht einzubeziehen (*Fuchs/Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1, 5. Aufl., Art. 102 AEUV Rn. 101 m.w.N.).

(a) Diesbezüglich spricht vorliegend gegen eine Marktbeherrschung, dass den Abnehmern des relevanten Marktes im maßgeblichen Zeitraum Ausweichmöglichkei-

ten zur Klägerin in Gestalt der übrigen Hauptanbieter, aber auch der kleineren Produzenten von Solarwafern zur Verfügung standen. Soweit die Beklagte behauptet, in den Jahren 2006 und 2007 keinen anderen Lieferanten mit dem Leistungsvermögen der Klägerin gefunden zu haben und deshalb zum Abschluss der streitbefangenen Lieferverträge gezwungen gewesen zu sein, kommt dem kein über den Einzelfall der Beklagten hinausgehender Aussagegehalt zu. Hierin liegt vor allem keine substantiierte Behauptung eines markttypischen Verhaltensmusters oder einer Präferenz der Abnehmer im Allgemeinen, einen bestimmten Bedarf ausschließlich oder vorwiegend nur bei einem einzigen Lieferanten einzudecken. Hierzu bestand auch ersichtlich kein in der technischen Beschaffenheit des Produkts begründetes Erfordernis; die technischen Spezifikationen der in den streitbefangenen Lieferverträgen vereinbarten Kaufsache waren offensichtlich handelsüblich, was sich schon im Vorbringen der Beklagten einerseits zu den alternativ zur Klägerin seinerzeit in Betracht gezogenen Lieferanten und zum anderen zu ihrer anderweitigen Bedarfsdeckung bei anderen Unternehmen im Zeitraum von 2007 bis 2011 zeigt. In jenem Vorbringen tritt vielmehr deutlich zutage, dass der Bedarf eines Abnehmers auch verteilt auf verschiedene Lieferanten abgedeckt werden kann. Auf welchen unternehmerischen Erwägungen die von der Beklagten ferner angeführte Entscheidung des kanadischen Solarzellenherstellers für einen Vertragsschluss mit der Klägerin in bedeutendem Lieferumfang beruhte, bleibt offen; die Leistungsfähigkeit der Klägerin mag hierfür ausschlaggebend gewesen sein, jedoch kann die Klägerin – wie die vorangegangenen Erörterungen zur Leistungsfähigkeit der Hauptanbieter des Marktes aufzeigen – aus Sicht dieses Abnehmers jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Leistungsfähigkeit nicht unumgänglich und alternativlos gewesen sein; solches hat die Beklagte zumindest nicht substantiiert dargetan.

(b) Allerdings ist die den Abnehmern des relevanten Marktes zukommende Nachfragemacht – wie sie in ihrer tatsächlichen Verhandlungsposition gegenüber den Anbietern zum Ausdruck kommt – als schwach einzustufen. Dies ergibt sich aus den von der Beklagten als einseitig dem Lieferanteninteresse dienend gerügten Vertragsbestimmungen, insbesondere der Verfallklausel, der Take-or-pay-Klausel und den eingeschränkten Kündigungsmöglichkeiten langfristiger Lieferverträge, die nach dem Vorbringen der Beklagten gerade typisch für die Branche sind. Gerade die von der Beklagten selbst vorgetragene Marktüblichkeit solcher Vertragsgestaltungen belegt indes, dass dies kein Ausdruck einer vom Wettbewerb weitgehend unabhängigen

gen Marktstellung der Klägerin, sondern kennzeichnend für den offensichtlichen Anbietermarkt ist.

(2.1.5) Bei alledem ist zu berücksichtigen, dass der weltweite Wafermarkt im maßgeblichen Zeitraum schon nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten durch einen Boom der gesamten Solarbranche geprägt war, der nicht zuletzt auf staatliche Förderungen von Solarstrom in Europa und außereuropäischen Ländern zurückzuführen war und auch für die Zukunft ein erhebliches Marktwachstum erwarten ließ.

Dies gilt zum einen für den Zeitraum der Vertragsabschlüsse in den Jahren 2006 und 2007. Weder aus dem Vorbringen der Beklagten noch sonst ergeben sich Anhaltspunkte dafür, dass im Zeitraum der streitbefangenen Vertragsabschlüsse eine Stagnation der gerade erst begonnenen Markt- und Branchenexpansion, insbesondere der Fortfall sich als Motor dieses Wachstums darstellender staatlicher Förderprogramme ganz oder in einzelnen Ländern abzeichnete. Im Gegenteil belegt das Vorbringen der Beklagten, dass sie selbst mit den geplanten drei weiteren Produktionsreihen von einem mehr als deutlichen Umsatzwachstum auf der eigenen Wertschöpfungsstufe rechnete und deshalb gerade einen Lieferanten suchte, dessen zu erwartende Leistungsfähigkeit auch für die Zukunft ihrem für die Folgejahre geplanten Kapazitätsausbau Rechnung zu tragen versprach.

Nichts anderes ergibt sich zum anderen im Hinblick auf den weiteren Vertragszeitraum bis nach den streitbefangenen Lieferungen im ersten Quartal 2011. Dies belegt bereits die aus der Tabelle (Anlage B 1) ersichtliche Tendenz der Hersteller zu Investitionen in einen beträchtlichen Kapazitätsausbau noch im Jahr 2010, in welchem gegenüber dem Vorjahr – ausweislich der Tabelle – beispielsweise *LDK Solar* und *Renesola* ihre Leistungsfähigkeit nahezu verdoppelten und auch die Klägerin ihre Leistungsfähigkeit um ca. 39 % erweiterte. Solches ist – unter Berücksichtigung unternehmerischer bzw. kaufmännischer Vernunft – nur plausibel, wenn seinerzeit keine Absatzstagnation, sondern weiterhin ein Marktwachstum in Aussicht stand. Dem steht nicht entgegen, dass – wie die Beklagte behauptet hat – die italienische Regierung ihre Fördermittel im März sowie im Mai 2011 modifiziert habe und aufgrund dessen der italienische Absatz von Solarprodukten danach eingebrochen sei. Unabhängig davon, dass dies – wie das Beklagtenvorbringen nicht anders verstanden werden kann – für die beteiligten Marktakteure überraschend kam, betrifft dieses Vorbringen allenfalls die Marktentwicklung ab Mitte des Jahres 2011 und er-

laubt – was entscheidend ist – keine Rückschlüsse darauf, inwieweit sich die behaupteten Umstände auf den relevanten Markt und dessen Entwicklung auswirkten.

In Anbetracht all dessen war der relevante Markt während des gesamten Betrachtungszeitraums von einer *Marktsättigung* weit entfernt. Zwar bestanden für potentielle Neu-Anbieter gewichtige *Marktzutrittsschranken* vor allem in Gestalt umfangreicher Anfangsinvestitionen und Vorlaufzeiten für die Schaffung der Waferproduktionsanlagen und die Beschaffung des Rohstoffs, an dem zudem Knappheit herrschte. Dies zeigt sich bereits in den streitbefangenen Lieferverträgen selbst, soweit insbesondere deren jeweilige Regelungen zur Vorauszahlung (Ziff. 2.), Laufzeit (Ziff. 8.), Produktionsanlage (Ziff. 9.) und Kündigung (Ziff. 10. Satz 1) einen mit einem Aufwand in mindestens zweistelliger Millionenhöhe sehr kostenintensiven und – finanziell zu überbrückenden - zwei – bis dreijährigen Investitionsprozess bis zum Anlaufen der Produktion widerspiegeln. Dass dies eine allgemeine Besonderheit des relevanten Marktes war und ist, steht zwischen den Parteien nicht im Streit. Zugleich zeugt der erforderliche Aufwand für Anfangsinvestitionen von langen Amortisationszeiträumen für das investierte Kapital. Trotz dieses erheblichen Hindernisses stellte sich gerade vor dem Hintergrund des sich abzeichnenden beträchtlichen Marktwachstums ein Markteintritt auch mit kleineren Produktionskapazitäten als rentabel dar, was sich vor allem in der – bereits erörterten – Existenz einer nicht unerheblichen und zahlenmäßig überwiegenden Anzahl kleinerer Waferhersteller auf dem Markt zeigt. Letzteres legt zudem nahe, dass eventuelle wirtschaftliche Größenvorteile – wie sie insbesondere den über ungenutzte Produktionskapazitäten verfügenden Hauptanbietern zukommen dürften - wettbewerblich keine entscheidende oder gar einen Markteintritt von Newcomern hindernde Wirkung entfalteteten. Dem allem entgegenstehende Anhaltspunkte hat die Beklagte nicht dargetan.

(2.2) Weder aus dem tatsächlichen Vorbringen der Beklagten noch sonst ergeben sich alsdann individuelle Merkmale in der *Unternehmensstruktur* der Klägerin, aufgrund derer diese einen spezifischen Wettbewerbsvorteil erlangte, der sie zu einem wettbewerbsunabhängigen Verhalten oder zur Verhinderung eines (Rest-) Wettbewerbs befähigte. Dies gilt explizit für den von der Beklagten insoweit einzig ins Feld geführten Umstand der vertikalen Integration:

(2.2.1) Es steht zwischen den Parteien außer Streit, dass die SolarWorld-Unternehmensgruppe ein „vertikal vollintegriertes“ Geschäftsmodell (Übersetzung

der Anlage B 28 – Konzernbericht [REDACTED] 2006, dort Seite 14) verfolgt. Ausdrücklich heißt es im Konzernbericht der Klägerin für 2006 (dort Seite 26) diesbezüglich:

„Unsere Strategie ist, alle solaren Wertschöpfungsstufen – vom Rohstoff über den Wafer, die Zelle, das Modul bis zur fertigen Solaranlage – vertikal im Konzern abzubilden. Diese rein auf Solarenergie ausgerichtete Strategie setzen wir seit 1999 konsequent um. ...Durch rechtzeitig eingeleitete Kapazitätserweiterungen stellt unsere interne Beschaffung einen strategischen Marktvorteil dar.“

Eine weitgehend vertikale Integration im Konzern über sämtliche Stufen der Wertschöpfungskette kann aufgrund des damit erleichterten Zugangs zu den Rohstoffen oder anderen erforderlichen Vorleistungen und der Versorgungssicherheit im Ausgangspunkt einen (besonderen) Wettbewerbsvorteil vermitteln (vgl. *Fuchs/Möschel* in *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1, 5. Aufl., Art. 102 AEUV Rn. 105 f. m.w.N.*).

(2.2.2) In Anbetracht des vorliegend zugrunde zu legenden Ergebnisses der Marktstrukturbetrachtung, die keinen die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung tragenden Befund befördert, begegnet es im Streitfall schon von vornherein durchgreifenden Bedenken, ob dieser Wettbewerbsvorteil allein eine Marktbeherrschung zu begründen vermag. Denn der Prüfung der Unternehmensstruktur und darin begründeter Wettbewerbsvorteile kommt regelmäßig nur eine die Marktstrukturanalyse ergänzende Funktion zu (vgl. zu allem *Fuchs/Möschel* in *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1, 5. Aufl., Art. 102 AEUV Rn. 102*). Lässt die Betrachtung von Marktstruktur und Wettbewerbssituation indes – wie hier – keine Anhaltspunkte für eine Marktbeherrschung erkennen, hat sich der durch die vertikale Integration liegende Wettbewerbsvorteil auf der Hand liegend nicht auf den Wettbewerb ausgewirkt.

(2.2.3) Dessen ungeachtet begründet der in einer vertikalen Integration des Unternehmens liegende Wettbewerbsvorteil nur dann eine herausragende Besonderheit, wenn die Wettbewerber des fraglichen Unternehmens sich im Regelfall in diesem Unternehmensstrukturmerkmal von ihm unterscheiden (vgl. zu allem *Fuchs/Möschel* in *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1, 5. Aufl., Art. 102 AEUV Rn. 105 f. m.w.N.*). Nur wenn die vertikale Integration dem Un-

ternehmen gegenüber seinen Wettbewerbern einen Wettbewerbsvorsprung vermittelt, kann sie zu einer weitgehenden Unabhängigkeit von Konkurrenten indes belastenden Wettbewerbsfaktoren führen. Verfügen die Hauptkonkurrenten des fraglichen Unternehmens oder gar der überwiegende Teil der Wettbewerber über eine vergleichbare vertikale Integration, wird im Regelfall eine Relativierung des Wettbewerbsvorteils zu erwarten sein, so dass das zu betrachtende Unternehmen keine herausragende wettbewerbsrelevante Besonderheit aufweist.

Diesen Gesichtspunkt lässt das Beklagtenvorbringen völlig offen. Der von ihr zum Beleg der behaupteten vertikalen Integration einzig in Bezug genommene Konzernbericht [REDACTED] für das Jahr 2006 stellt das Geschäftsmodell der vertikalen Vollintegration zwar – wie bereits ausgeführt – als Marktvorteil dar, besagt indessen nichts über die Vergleichbarkeit oder Besonderheit dieses Marktvorteils im Verhältnis zu den Wettbewerbern. Zwar ist dem Begriff des Vorteils immanent, über einen wettbewerbslichen Vorsprung gegenüber anderen zu verfügen; damit ist aber nicht zwangsläufig die Aussage eines sich vom Wettbewerb deutlich absetzenden Alleinstellungsmerkmals verbunden. Hierfür sprechende Anhaltspunkte ergeben sich weder aus dem übrigen Beklagtenvorbringen noch sonst.

(2.2.4) Darüber hinaus bedarf der Wettbewerbsvorteil im Einzelfall einer Bewertung hinsichtlich seiner wettbewerbslichen Aussagekraft (vgl. *Fuchs/Möschel*, a.a.O., Art. 102 AEUV Rn. 102). Im Streitfall ist hierzu zu klären und daher von der Beklagten vorzutragen, *inwieweit* die vertikale Integration im maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt fortgeschritten ist und dem Unternehmen gegenüber seinen Wettbewerbern einen leichteren Zugang - beispielsweise wie hier – zu den Rohstoffen gewährt; es gilt, das wettbewerbsrelevante Gewicht des Vorteils in dem für die geltend gemachte Marktbeherrschung maßgeblichen Zeitpunkt zu bestimmen. Eine daraus resultierende wirtschaftliche Stärke ist abzuschätzen (*Fuchs/Möschel*, a.a.O.).

Im Streitfall ergeben sich greifbare Anhaltspunkte indes lediglich für die Annahme, dass die Klägerin im Zeitpunkt der streitbefangenen Vertragsschlüsse auch nicht im Ansatz eine weitgehende Unabhängigkeit von den Rohstoff-Beschaffungsmärkten erlangt hatte, so dass dem in der vertikalen Integration liegenden Wettbewerbsvorteil kein entscheidendes Gewicht zukommt:

Die Beklagte behauptet, die Klägerin sei durch die vertikale Integration in der Lage gewesen, 50 % des Gesamtbedarfs des Konzerns an Silizium abzudecken. Dieses Vorbringen erweist sich jedoch als völlig substanzlos und somit unerheblich.

Der zum Beleg dessen von der Beklagten einzig in Bezug genommene Konzernbericht der [REDACTED] für das Geschäftsjahr 2006 (Anlage B 28) belegt im Gegenteil die wettbewerblich geringfügige Bedeutung der Konzerntätigkeit auf der Rohstoffgewinnungsstufe. Unter dem Stichwort „Versorgungssicherheit“ verweist der Bericht auf „den Abschluss langfristiger Kontrakte mit Lieferanten“, was gerade das Erfordernis externer Rohstoffbezüge widerspiegelt und eine gewisse Unabhängigkeit „von Beschaffungsengpässen, volatilen Preisen und Qualitätsschwankungen am Markt“ nicht auf die vertikale Integration, sondern neben dem „Zugriff auf know-how-intensive Technologien – wie etwa der Waferfertigung –“ auf die Langfristigkeit der externen Bezugsverträge zurückführt (vgl. Übersetzung der Anlage B 28, Seite 26). Die – überdies im Bericht nicht als vorhandenes Merkmal des Unternehmens, sondern kontinuierlich als „Strategie“ bezeichnete – vertikale Integration unter Einschluss der Rohstoffgewinnung stellt sich nach dem Konzernbericht lediglich als in die Zukunft gerichtet Zielvorgabe dar. So heißt es unter dem Stichwort „Strategische Weiterentwicklung der Siliziumversorgung“ (Übersetzung der Anlage B 28, Seite 35), dass der „Bau der industriellen Siliziumproduktion ... begonnen wurde“ und mit „der für 2008 geplanten Produktionsaufnahme ... ein erheblicher Teil der weiteren Fertigungskapazitäten bedient“ werden wird. Ferner wird von einem im 4. Quartal 2006 gegründeten „Joint Venture“ mit einem niederländischen Unternehmen berichtet, welches „sich mit der Entwicklung und dem Bau einer Produktionsanlage zur Herstellung von hochreinem Solarsilizium“ beschäftige; hierdurch erschließe sich der Konzern „mittelfristig eine zusätzliche Rohstoffquelle“ (Übersetzung der Anlage B 28, Seite 36). Soweit nach dem Konzernbericht die „Beteiligungsgesellschaft Joint Solar Silicon GmbH & Co. KG ... bisher 10 Tonnen Solarsilizium mit marktüblicher Qualitätsgüte gewonnen“ hat, „das wir für unsere Waferfertigung verwendet haben“ (Übersetzung der Anlage B 28, Seite 36), kommt diesem Volumen auch nicht ansatzweise eine Unabhängigkeit vom Rohstoffmarkt vermittelnde Bedeutung zu. Die Klägerin hat diesbezüglich – ohne dass die Beklagte dem widersprochen hat – vorgetragen, dass dies schon nicht zur Abdeckung der Lieferverträge *MoU II* und *MoU III* ausreicht habe. Die allenfalls geringfügige Marktbedeutung des so im Wege der vertikalen Integration für die Klägerin zugänglichen Rohstoffvolumens von 10 Tonnen wird über-

dies durch das Beklagtenvorbringen selbst verdeutlicht, soweit die Beklagte die ursprünglich mit dem Lieferanten *COSIS International* im November 2005 beabsichtigten, später jedoch gescheiterten Vertragsabschlüsse durch die Kaufvertragsentwürfe Anlage B 27 in das Verfahren eingeführt hat; diese sahen allein schon für den Zeitraum Mai bis Dezember 2007 eine Belieferung der Beklagten mit *monatlich* 10 Tonnen Silizium vor.

Dass die Klägerin im maßgeblichen Zeitpunkt der streitbefangenen Vertragsgestaltung und Vertragsabschlüsse mit der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängern noch nicht über einen vertikalen Integrationsgrad verfügte, aufgrund dessen ihr ein vom Wettbewerb unabhängiger Zugang zu eigenen Rohstoffquellen zur Verfügung stand, tritt des Weiteren in der jeweiligen Ziffer 9. der streitbefangenen Lieferverträge *MoU II* und *MoU III* zutage. Hiernach nimmt der Käufer „zur Kenntnis, dass einer der Siliziumrohstofflieferanten von DS seine Produktionsanlagen (‘expandierte Produktionsanlage’) expandieren wird, um die Rohstoffe für die nach diesem Vertrag zu liefernden Produkte zu produzieren. Der voraussichtliche Fertigstellungstermin für die Produktionsanlage wird der 1. Januar 2009 sein.“

(2.3) Schließlich kommt auch in dem seinerzeitigen Marktverhalten der Klägerin weder ein vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierter Verhaltensspielraum noch die Fähigkeit zur Verhinderung wirksamen Wettbewerbs zum Ausdruck.

Wiederum käme einem solchen Verhalten allein für sich ohnehin keine Eignung zu, eine marktbeherrschende Stellung zu begründen; denn die Marktverhaltensanalyse dient der Konsolidierung und Absicherung eines im Rahmen der Markt- und Unternehmensstrukturanalyse gefundenen Ergebnisses (*Fuchs/Möschel* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1, 5. Aufl., Art. 102 AEUV Rn. 110).

Unabhängig davon zeigt sich in der von der Beklagten als Ausdruck einer marktbeherrschenden Stellung gerügten Vertragsgestaltung der *MoU II* und *MoU III* keine Auferlegung ansonsten auf Wettbewerbsmärkten nicht auftretender Vertragsbedingungen (vgl. hierzu *Fuchs/Möschel*, a.a.O., Art. 102 AEUV Rn. 113), vielmehr sind sie nach eigenem Vorbringen der Beklagten marktüblich sowie für die Branche geradezu kennzeichnend. Das Verhalten der Klägerin entsprach hiernach gerade dem, was unter funktionierenden Wettbewerbsbedingungen von einem Anbieter des sich als Anbietermarkt darstellenden relevanten Marktes zu erwarten war. Gleiches gilt für

die vertragliche Preisvereinbarung, in der keine einseitige Fähigkeit der Klägerin zu einer unabhängigen Preispolitik (vgl. hierzu *Fuchs/Möschel*, a.a.O., Art. 102 AEUV Rn. 112), sondern eine Orientierung an der seinerzeit am Markt erzielbaren Preisspanne zum Ausdruck kommt; diesbezüglich hat die Beklagte selbst vorgetragen, dass die Preise der Klägerin bei Vertragsschluss akzeptabel gewesen seien und sich erst aufgrund der zeitlich späteren Entwicklung des Rohstoffpreises als überhöht darstellten.

Schließlich kann der Beklagten auch nicht darin gefolgt werden, dass sich im Vertragsabschluss der Klägerin mit dem kanadischen Konzern ATS im Jahr 2010 eine marktbeherrschende (Allein-)Stellung der Klägerin äußere. Soweit die Beklagte diesbezüglich hervorhebt, dass „die kanadische Gesellschaft sogar bis nach Deutschland zu der Klägerin“ kam, „um Wafers zu kaufen“ (Berufungsbegründung Seite 24, GA 465), ist der damit bekundete Umstand lediglich Ausdruck der Globalität des räumlich relevanten Marktes. Soweit sich nach Auffassung der Beklagten hierin zeige, „dass das Angebot gering und die Nachfrage sehr hoch war“ (Berufungsbegründung Seite 24, GA 465), kennzeichnet dies ohne substantiellen Aussagegehalt betreffend eine Marktbeherrschung lediglich den relevanten Markt als Anbietermarkt. Der seitens der Beklagten damit erneut angesprochene Aspekt einer herausgehobenen Leistungsfähigkeit der Klägerin findet in der Marktstrukturbetrachtung – wie bereits erörtert – keine Stütze; entscheidend ist der räumlich global abzugrenzende Markt, auf dem die Klägerin schon nach der von der Beklagten selbst vorgelegten Anlage B 1 selbst im Jahr 2010 bei weitem nicht die leistungsfähigste Anbieterin war. Dass der Vertrag mit dem kanadischen Konzern „dieselben schikanösen Klauseln enthielt, die auch mit der Beklagten vereinbart worden“ seien (Berufungsbegründung Seite 24, GA 465), vermag entgegen der Auffassung der Beklagten eben nicht eine Marktbeherrschung zu beweisen. Der Umstand, dass die Klägerin diese Vertragsbedingungen – was die Beklagte wohl herausstellen möchte – selbst mit einem internationalen Konzern von wirtschaftlichem Gewicht vereinbarte, ist nicht nur Ausdruck der – seitens der Beklagten an anderer Stelle selbst vorgetragenen – Markt- und Branchenüblichkeit solcher Vertragsgestaltungen, sondern gerade ein Beleg für dieses allgemeine Strukturmerkmal auf dem durch eine schwache Nachfragemacht gekennzeichneten Anbietermarkt. Soweit das Beklagtenvorbringen zu jenem Vertragsschluss dahin verstanden werden könnte, dass in der globalen Geschäftsausrichtung der Klägerin auf Großkunden mit erheblichem Nachfragevolumen ein Indiz für eine Marktbeherr-

schung liege, muss einer solchen Schlussfolgerung die Folgerichtigkeit versagt werden. Eine solche Geschäftsstrategie ist auf einem weltweiten Markt von einem zu den leistungsfähigsten Herstellern zählenden und an der rentablen Ausnutzung seiner Produktionskapazitäten naturgemäß interessierten Anbieter unter regulären Wettbewerbsbedingungen zu erwarten und indiziert gerade ein auf wirksamen Wettbewerb ausgerichtetes Marktverhalten.

Andere Indizien im Marktverhalten der Klägerin, die auf eine marktbeherrschende Stellung schließen ließen, ergeben sich weder aus dem Vorbringen der Beklagten noch sonst.

(3) Nichts stützt schließlich die Annahme einer Marktbeherrschung durch die Klägerin und andere Anbieter im Oligopol. Wie die vorgenommene Marktstrukturbeurteilung aufzeigt, weist der entscheidungsrelevante Sachverhalt weder auf das Fehlen eines wirksamen Innenwettbewerbs zwischen den zur Gruppe der Hauptanbieter zählenden Unternehmen noch auf das Fehlen eines wirksamen Wettbewerbs durch Drittanbieter von außerhalb dieser Gruppe hin. Letzteres wird beispielhaft durch das im Jahr 2006 neu in den Markt eintretende Unternehmen DC Wafer aufgezeigt, das aus dem Stand den Sprung in die Gruppe der Hauptanbieter schaffte. In der Gesamtschau aller in Betracht zu ziehenden Strukturmerkmale des relevanten Marktes und der dortigen Wettbewerbsbedingungen spricht alles für einen wirksamen Wettbewerb zwischen allen Anbietern. Gesellschaftsrechtliche oder personelle Verflechtungen, die eine enge Reaktionsverbundenheit zwischen den Hauptanbietern zu begründen vermochten, sind ebenso wenig wie hierzu desgleichen geeignete andere wirtschaftliche Bindungen oder Faktoren ersichtlich. Die von der Beklagten vorgebrachte Behauptung eines kollusiven Zusammenwirkens der Anbieter ist ersichtlich ins Blaue hinein erfolgt und daher unerheblich. Der von ihr hierzu allein vorgebrachte Umstand einer die Branche geradezu kennzeichnenden Typik der angegriffenen Vertragsgestaltung weist in Ermangelung dies bestätigender sonstiger Anhaltspunkte nicht auf ein bewusstes Parallelverhalten zur Wettbewerbsvermeidung oder einen wirtschaftlichen Zwang zur Entwicklung gleichförmigen Marktverhaltens hin, sondern stellt sich unter verständiger Würdigung aller Umstände als Ausdruck der Markteigenschaft als Anbietermarkt dar.

c) Auf der Grundlage des von der Beklagten desgleichen in Anspruch genommenen deutschen Kartellrechts ergibt sich die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB weder unter dem Gesichtspunkt des Kartellverbots aus § 1 GWB noch unter Anwendung der §§ 19, 20 GWB.

aa) Sowohl das Kartellverbot aus § 1 GWB (vgl. hierzu *Bechtold*, GWB, 5. Aufl., § 1 Rn. 72) als auch das kartellrechtliche Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot aus §§ 19, 20 GWB (vgl. hierzu *Bechtold*, a.a.O., § 19 Rn. 103 und § 20 Rn. 64) sind Verbotsgesetze i.S. von § 134 BGB.

bb) Führt die Anwendung des § 81 EGV zu dem Ergebnis, dass entweder – wie es hier der Fall ist – der Tatbestand des gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbots nicht verwirklicht ist oder eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EGV i.V.m. den Vorschriften der Vertikal-GVO vorliegt, darf § 1 GWB daneben nicht mit widersprechenden Ergebnissen angewandt werden (§ 22 Abs. 2 Satz 1 GWB, Art. 3 Abs. 2 Satz 1 Kartellverfahrens-VO). Da im Streitfall schon keine i.S. von Art. 81 Abs. 1 EGV tatbestandliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, darf eine parallele Anwendung des § 1 GWB somit zu keinem anderen Ergebnissen führen. Sie kommt unabhängig davon aber auch zu keinem abweichenden Ergebnis, weil § 1 GWB aufgrund des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 Kartellverfahrens-VO sowie unter Berücksichtigung des mit der 7. GWB-Novelle verfolgten gesetzgeberischen Anliegens einer Angleichung an das Europäische Recht – mit Ausnahme der im Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Zwischenstaatlichkeitsklausel – genauso anzuwenden und auszulegen ist wie Art. 81 Abs. 1 EGV. Unter entsprechender Zugrundelegung der im Einzelnen zu Art. 81 Abs. 1 EGV ausgeführten Rechtsgrundsätze und Erwägungen, auf die verwiesen wird, ist deshalb das vom Tatbestand des § 1 GWB erforderte Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung im Streitfall zu verneinen. Hierbei richtet sich die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast – im Ergebnis identisch mit obigen Ausführungen zu Art. 81 EGV und Art. 2 Kartellverfahrens-VO – nach den diesbezüglich allgemein anerkannten prozessualen Grundsätzen; hiernach obliegt die Darlegungs- und Beweislast für die den Tatbestand eines Kartellrechtsverstößes begründenden tatsächlichen Umstände derjenigen Partei, die – wie hier die Beklagte – den Vorwurf des Kartellrechtsverstößes erhebt (vgl.: *Immenga/Mestmäcker* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB, 4. Aufl., Einleitung Rn.36,

41; *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB, 4. Aufl., § 33 Rn. 86; *Ellenberger* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 134 Rn. 12a m.w.N.).

cc) Nach § 22 Abs. 3 GWB sowie Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Kartellverfahrens-VO kann im potentiellen Anwendungsbereich des Art. 82 EGV *neben* dem gemeinschaftsrechtlichen Missbrauchsverbot das sich nach §§ 19, 20 GWB richtende deutsche Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot angewandt werden. Eine dem § 22 Abs. 2 Satz 1 GWB entsprechende Regelung zur Identitätswahrung der Ergebnisse bei gleichzeitiger Anwendung beider Rechte sieht § 22 Abs. 3 GWB indes nicht vor. Liegt ein Verstoß gegen Art. 82 EGV vor, kann sich eine positivere Beurteilung nach deutschem Recht wegen der nach § 22 Abs. 3 Satz 1 und 2 GWB für diesen Fall zwingend angeordneten Anwendung des Art. 82 EGV nicht auswirken. Liegt ein nach Art. 82 EGV verbotener Missbrauch – wie es hier der Fall ist – demgegenüber *nicht* vor, greift § 22 Abs. 3 Satz 1 GWB schon in seinen Voraussetzungen nicht ein, so dass nach § 22 Abs. 3 Satz 3 GWB nationales Recht mit einem dem widersprechenden Ergebnis angewandt werden darf.

Die Anwendung der §§ 19, 20 GWB 2007 führt im Streitfall indes zu keinem gegenüber obiger Prüfung des Art. 82 EGV abweichenden Ergebnis, weil die Beklagte eine marktbeherrschende Stellung der Klägerin i.S. dieser Vorschriften nicht substantiiert dargetan hat. Dies geht mit der Folge der verfahrensrechtlichen Unerheblichkeit ihres hierauf gestützten Nichtigkeitseinwandes zu Lasten der Beklagten, weil ihr aus den im Einzelnen bereits zu § 1 GWB erörterten Gründen die Darlegungslast (und Beweislast) für die den Tatbestand des geltend gemachten Kartellrechtsverstosßes begründenden tatsächlichen Umstände obliegt.

(1) Relevant ist – im Ergebnis ebenso wie im Anwendungsbereich des Art. 82 EGV – der in räumlicher Hinsicht weltweit abzugrenzende Absatzmarkt für Solarwafer als Vorprodukt für die Solarzellenproduktion, auf welchem sich die Wafer-Hersteller als Anbieter und weiterverarbeitende Solarzellenhersteller als Nachfrager gegenüberstehen.

Die Marktabgrenzung ist regelmäßig auf der Grundlage des Bedarfsmarktkonzepts vorzunehmen. Soweit – wie im Streitfall – ein Angebotsmarkt zur Beurteilung steht, zählen hiernach zu einem einheitlichen *sachlichen* Markt sämtliche Erzeugnisse, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck

und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der verständige Abnehmer sie für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet in berechtigter Weise abwägend miteinander vergleicht und als gegeneinander austauschbar ansieht (vgl. BGH, WuW/E DE-R 2451, 2453 – E.ON/Stadtwerke Eschwege m.w.N.). Nach dem Kriterium der Austauschbarkeit aus Sicht der Nachfrager vollzieht sich desgleichen die *räumliche* Abgrenzung des relevanten Marktes (vgl.: BGH, Beschluss vom 13.07.2004 – KVR 2/03, WuW/E DE-R 1301 – 1304, zitiert nach juris Rz. 10 – *Sanacorp/ANZAG*; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.09.2002 – Kart 26/02 (V), WuW/E DE-R 945 – 949, zitiert nach juris Tz. 27; *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB, 4. Aufl., § 19 Rn. 35 m.w.N.). Entscheidend ist insoweit, welche Anbieter aus Sicht der Abnehmer zur Deckung ihres Bedarfs in Betracht kommen und nach ihrer Funktion als Lieferanten eine Ausweichmöglichkeit gegenüber einem Bezug von dem mutmaßlichen Marktbeherrscher bieten (vgl. BGH, a.a.O.; vgl. ferner OLG Düsseldorf, a.a.O.). Der sich hiernach bestimmende räumliche Markt ist nicht normativ auf den räumlichen Geltungsbereich des GWB beschränkt (§ 19 Abs. 2 Satz 3 GWB), sondern in seiner ökonomischen Einheitlichkeit zu bestimmen, so dass er auch über das Inland hinausreichen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 05.10.2004 – KVR 14/03, WuW/E DE-R 1355 – 1360, zitiert nach juris Rz. 23, 27 – 31 – *Staubsaugerbeutelmarkt*). Seine Marktgrenzen kann das hiernach in Betracht kommende Handelsgebiet insbesondere in den ein Gebiet von anderen deutlich unterscheidenden Wettbewerbsbedingungen oder rechtlichen Rahmenbedingungen (*Bechtold*, GWB, 5. Aufl., § 19 Rn. 16) und in wirtschaftlichen Hemmnissen, welche beispielsweise in Gestalt der Transport- und Frachtkosten – die Wahl- und Austauschmöglichkeiten einschränken oder in bestimmten geografischen Gebieten unterschiedliche Marktstrategien und –konzepte ermöglichen (vgl.: *Möschel*, a.a.O. § 19 Rn. 38; *Bechtold*, a.a.O., § 19 Rn. 18), finden.

Nach diesem Rechtsmaßstab sind im Streitfall bei Anwendung der §§ 19, 20 GWB 2007 dieselben Kriterien und Gesichtspunkte wie im Rahmen der Marktabgrenzung unter Art. 82 EGV zu würdigen. Die dortigen Ausführungen gelten daher für die auf der Grundlage deutschen Rechts vorzunehmende Marktabgrenzung entsprechend, so dass hierauf verwiesen werden kann. Im Ergebnis ist demnach auch insoweit nicht ein Gesamtmarkt für Photovoltaikprodukte, sondern ein in räumlicher Hinsicht weltweiter Absatzmarkt für zur Weiterverarbeitung bestimmter Solarwafer zu-

grunde zulegen, auf welchem sich die Wafer-Hersteller als Anbieter und weiterverarbeitende Solarzellenhersteller als Nachfrager gegenüberstehen.

(2) Weder aus dem tatsächlichen Vorbringen der Beklagten noch sonst ergeben sich Anhaltspunkte, welche die Annahme einer den so abgegrenzten Markt allein oder im Oligopol beherrschenden Stellung der Klägerin im Zeitpunkt der streitbefangenen Vertragsabschlüsse oder später während der Vertragsdauer rechtfertigen. Im Gegenteil sprechen die diesbezüglich zu berücksichtigenden Umstände bei verständiger Gesamtwürdigung weit eher für die Annahme eines funktionsfähigen und wirk-samen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt im fraglichen Zeitraum.

(2.1) Eine Einzelmarktbeherrschung lässt sich im Streitfall weder unter der Fragestellung des § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB 2007 nach einem vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum noch unter der in § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB 2007 beschriebenen Prüfung einer gegenüber den Wettbewerbern überragenden Marktstellung feststellen.

(2.1.1) Nach § 19 Abs. 2 Satz 1 GWB 2007 ist ein Unternehmen marktbeherrschend, wenn es als Anbieter oder Nachfrager auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt zum einen ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist (Nr. 1) oder zum anderen eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung besitzt (Nr. 2). Beide Tatbestände des § 19 Abs. 2 Satz 1 GWB stehen alternativ nebeneinander (vgl. BGH, Beschluss vom 03.07.1976 – KVR 4/75, BGHZ 67, 104-119, zitiert nach juris Rz. 34 – *Vitamin B 12*; vgl. ferner *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB, 4. Aufl., § 19 Rn. 52).

Ob ein Unternehmen unter Berücksichtigung seiner Konzernverflechtungen (*Bechtold*, GWB, 5. Aufl., § 19 Rn. 22) im Sinne des § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB 2007 keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist, bedarf einer wertenden Gesamtbetrachtung aller für eine Marktmacht maßgebenden Umstände einschließlich der auf dem relevanten Markt herrschenden Wettbewerbsverhältnisse (vgl.: BGH, Beschluss vom 22.06.1981 – KVR 5/80, WuW/E 1824, 1827 f. – *Tonolli – Blei- und Silberhütte Braubach*; BGH, Beschluss vom 11.11.2008 - KVR 60/07, WuW/E DE-R 2451-2461, zitiert nach juris Rz. 39 - *E.ON/Stadtwerke Eschwege*; BGH, Beschluss

vom 20.04.2010 – KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905-2921, zitiert nach juris Rz. 81 - *Phonak/GN Store*).

Gleiches gilt auch im Hinblick auf die im Verhältnis zu den Wettbewerbern überragende Marktstellung (§ 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB). Unter einer solchen ist ein überragender (einseitiger) Verhaltensspielraum bei der Entwicklung von Marktstrategien oder auch beim Einsatz einzelner Aktionsparameter (vgl. BGH, Beschluss vom 03.07.1976 – KVR 4/75, BGHZ 67, 104-119, zitiert nach juris Rz. 36 – *Vitamin B 12*) zu verstehen, was letztlich ebenfalls einem vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum (vgl. zu diesem Definitionsansatz: BGH, Beschluss vom 12.12.1978 - KVR 6/77, WuW/E BGH 1533-1542, zitiert nach juris Rz. 19 - *Strom und Gas, Erdgas Schwaben*) gleichkommt. Auch die Feststellung einer überragenden Marktstellung erfordert eine Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände (vgl. BGH, Beschluss vom 03.07.1976 – KVR 4/75, BGHZ 67, 104-119, zitiert nach juris Rz. 42 – *Vitamin B 12*; vgl. ferner: *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB, 4. Aufl., § 19 Rn. 54 m.w.N.; *Bechtold*, GWB, 5. Aufl., § 19 Rn. 43 m.w.N.). In diese sind neben den in § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB 2007 nicht abschließend aufgezählten Kriterien auch weitere marktmachtbezogene Umstände des Einzelfalls (vgl. *Bechtold*, a.a.O.), insbesondere die auf dem relevanten Markt herrschenden Wettbewerbsverhältnisse einzubeziehen (vgl. BGH, Beschluss vom 03.07.1976 – KVR 4/75, BGHZ 67, 104-119, zitiert nach juris Rz. 42 – *Vitamin B 12*; vgl. ferner *Möschel*, a.a.O. m.w.N.). Dies entspricht im Ergebnis der auch im Rahmen des § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB 2007 gebotenen wertenden Gesamtbetrachtung.

(2.1.2) Die gebotene Gesamtbetrachtung aller im Hinblick auf eine Marktbeherrschung im Streitfall erkennbaren Umstände, soweit diese verfahrensrechtlich der Entscheidung zugrunde zu legen sind, hat der Senat bereits unter der entsprechenden Beurteilung zu Art. 82 EGV mit dem Ergebnis vorgenommen, dass die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung der Klägerin während des maßgeblichen Beurteilungszeitraums oder Teilen hiervon *nicht* gerechtfertigt ist. Die dortigen Ausführungen gelten entsprechend unter Anwendung des § 19 GWB 2007. Es ergeben sich weder aus dem Vorbringen der Beklagten noch sonst belastbare Anhaltspunkte dafür, dass der Klägerin ein vom Wettbewerb überhaupt nicht oder nicht hinreichend kontrollierter (einseitiger) Verhaltensspielraum zur Verfügung stand, aufgrund dessen

sie mehr oder weniger unabhängig vom Wettbewerb am Markt agieren konnte. Im Gegenteil spricht die eine umfassende Untersuchung der seinerzeitigen Markt- und Wettbewerbs-, aber auch Unternehmens- und Marktverhaltensstruktur einbeziehende Gesamtschau dafür, dass die Klägerin einem wirksamen Wettbewerb auf dem sich auch im Hinblick auf die Marktpositionen der marktführenden Anbieter dynamisch entwickelnden Wachstumsmarkt ausgesetzt war. Wegen der Einzelheiten wird auf die zur Frage einer Marktbeherrschung unter Art. 82 EGV vorgenommenen Ausführungen verwiesen. Ergänzend ist an dieser Stelle lediglich darauf hinzuweisen, dass der im Streitfall feststellbare relative Marktanteil der Klägerin auf dem relevanten Markt von 15 % bis 20 % im Jahr 2006 und 10 % bis 15 % im Jahr 2007 *keine* einen Marktanteil von 33 1/3 % voraussetzende Marktbeherrschungsvermutung nach § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB 2007 begründet.

(2.2) Wie im Einzelnen bereits unter dem gemeinschaftsrechtlichen Missbrauchsverbot ausgeführt, ergibt sich weder aus dem Vorbringen der Beklagten noch dem übrigen Sach- und Streitstand auch nur ansatzweise ein Indiz für eine Marktbeherrschung im Oligopol (§ 19 Abs. 2 Satz 2 GWB 2007) durch die marktführenden Hauptanbieter unter Einschluss der Klägerin.

(3) Soweit das Vorbringen der Beklagten - beispielsweise mit der Behauptung einer Preisdiskriminierung - auf § 20 GWB 2007 reklamiert, hat die Beklagte ferner die Anwendungsvoraussetzungen des Absatzes 2 Satz 1 der Vorschrift nicht substantiiert dargetan:

(3.1) Dies gilt zum einen hinsichtlich der Anwendungsvoraussetzung eines kleinen und mittleren Unternehmens.

Maßgeblich ist diesbezüglich ein Vergleich der Größen des (vermeintlich) diskriminierten Unternehmens im horizontalen Verhältnis zu dessen Wettbewerbern [Regierungsbegründung zur 5. GWB-Novelle, Begr. 1989, zu Art. 1 Nr. 9 a) bb)] sowie – jedenfalls soweit eine unternehmensbedingte Abhängigkeit zu beurteilen ist – darüber hinaus auch im vertikalen Verhältnis zu dem als Normadressat in Betracht gezogenen Unternehmen (vgl. *Markert* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB, 4. Aufl., § 20 Rn. 43). In diesen Größenvergleich sind neben Unternehmensumsätzen unter Einschluss der Umsätze verbundener Unternehmen auch andere für die Marktstellung von Unternehmen relevante Kriterien zu berücksichti-

gen, so etwa die zur Beurteilung einer überragenden Marktstellung bestimmten Kriterien des § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB. Dabei lässt der relative Ansatz des Größenvergleichs die Festlegung einer am Umsatz bemessenen Ober- und Untergrenze nicht zu (vgl. zu allem *Markert*, a.a.O., § 20 Rn. 44).

Ausgehend hiervon spricht gegen die Anwendungsvoraussetzung bereits, dass die Beklagte nach ihrem eigenem Vorbringen bereits im Zeitpunkt des streitbefangenen letzten Vertragsabschlusses 2007 der mit Abstand leistungsfähigste Hersteller von Solarzellen in Italien war. Dies erlaubt wiederum die Schlussfolgerung, dass sie im Jahr 2007 zumindest im nationalen Segment des relevanten Marktes der italienische Abnehmer mit dem größten Nachfragevolumen war. Diesbezüglich hat die Beklagte selbst vorgetragen und dies durch die in Übersetzung vorgelegte Anlage B 34 untermauert, dass sie im Jahr 2007 mit einer Leistungsfähigkeit von 30 MW gegenüber einer Leistungsfähigkeit von jeweils 10 MW ihrer nächstkommenden italienischen Konkurrenten der wichtigste italienische Zellenhersteller gewesen sei. Der Senat kann nicht übersehen, dass die Beklagte unter dem Gesichtspunkt der Leistungsfähigkeit 2007 im weltweiten Vergleich weit hinter den in der Anlage B 34 dokumentierten drei „wichtigen weltweiten Hersteller“ (210 MW, 90 MW, 85 MW) zurücklag und selbst im nationalen Vergleich bereits im Jahr 2008 – wie sich ebenfalls aus der Anlage B 34 ergibt – aus der Spitzenposition verdrängt wurde. Allerdings liegt es – schon aufgrund der Angaben zu den *wichtigsten italienischen Herstellern* 2007 in der Anlage B 34 – nahe, dass im Wettbewerb der Solarzellenhersteller ähnlich wie am Wafermarkt überwiegend Anbieter mit kleineren Produktionskapazitäten wie seinerzeit die Beklagte und deren italienischen Hauptwettbewerber tätig waren. Desgleichen kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Beklagte mit 1,2 Millionen Euro im Jahr 2007 einen relativ geringfügigen Umsatz erzielte (Anlage B 35). Demgegenüber kann aber auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Beklagte

- (a) seinerzeit Newcomer einer nach eigenem Vorbringen am Beginn eines erheblichen Booms stehenden Branche, die auf allen Wertschöpfungsstufen ein beträchtliches Marktwachstum erwarten ließ, war,
- (b) ihre Produktion – wie beispielsweise die Anlage B 35 im Hinblick auf die erste Produktionsreihe aufzeigt – erst im April 2007 startete,
- (c) von vornherein einen erheblichen Ausbau ihrer Produktion auf insgesamt vier Produktionslinien beabsichtigte, womit durch die ersten drei Produktionsreihen

– wie die Anlage B 36 erkennen lässt – eine Steigerung der Leistungsfähigkeit auf insgesamt 120 MW bis April 2010 erreicht werden sollte (und wurde) sowie (d) gerade diese unternehmerische Expansion durch die mit einem vertraglichen Beginn des Lieferzeitraums ab dem Jahr 2009 erst in der Zukunft zum Tragen kommenden Lieferverträgen *MoU II* und *MoU III* ermöglichen wollte.

Die beabsichtigte Unternehmensexpansion führte in der unmittelbar auf den Zeitraum der Vertragsabschlüsse folgenden Zeit zu Umsatzsteigerungen der Beklagten auf 29 Mio. Euro im Jahr 2008, 40 Mio. Euro im Jahr 2009 sowie 100 Mio. Euro im Jahr 2010 (Anlage B 36). Diese Umstände sind sachgerechter Weise in den Größenvergleich einzubeziehen, um unter Berücksichtigung des damals frischen Markteintritts der Beklagten und deren Entwicklungs- und Ressourcenpotential ein annähernd zutreffendes Bild ihrer wirtschaftlichen Größe zu gewinnen. In der Gesamtschau aller vorgenannten, aber auch sonst im Streitfall ersichtlichen Umstände konnte die Beklagte (bzw. ihre Rechtsvorgängerin) von vornherein nicht mehr als nur mittleres Unternehmen betrachtet werden.

(3.2) Die Beklagte hat ferner ihre angebliche Abhängigkeit i.S. des § 20 Abs. 2 Satz 1 GWB von der Klägerin nicht substantiiert dargetan. Eine möglicherweise zur unternehmensbedingten Abhängigkeit führende Ausrichtung des Geschäftsbetriebs auf die Produkte und/oder das Unternehmen der Klägerin, infolge dessen ein Wechsel zu einem anderen Lieferanten nur unter Inkaufnahme gewichtiger Wettbewerbsnachteile möglich ist (vgl. hierzu *Markert* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB, 4. Aufl., § 20 Rn. 71), liegt im Fall der Beklagten ersichtlich nicht vor. Die von der Klägerin hergestellten Wafer entsprachen durchaus handelsüblichen Spezifikationen. Dies wie auch die der Beklagten zumutbare Ausweichmöglichkeit auf andere Lieferanten dokumentiert sich in dem unstreitigen Umstand, dass die Beklagte im Zeitraum von 2007 bis 2011 ihren Bedarf auch bei anderen Waferlieferanten eingedeckt hat. Allein der von ihr behauptete Umstand, dass nur die Klägerin zu einer Belieferung in dem gewünschten Volumen in der Lage gewesen sei, vermag die geltend gemachte Abhängigkeit nicht zu begründen. Insoweit hat die Beklagte nicht nur ihre – mit Ausnahme des Alternativlieferanten SETEK – pauschal behaupteten Bemühungen um weitere Lieferanten nicht substantiiert, sondern darüber hinaus – was erforderlich gewesen wäre – noch nicht einmal behauptet, geschweige denn substantiiert dargetan, dass und warum die Belieferung aus einer Hand zwingend gewesen sein soll und der Gesamtbezug nicht gesplittet auf ver-

schiedene Lieferanten verteilt werden konnte. Letzteres steht schließlich auch einer durch die unstreitig seinerzeitige Knappheit des Rohstoffs Silizium begründeten Abhängigkeit entgegen.

d) Soweit die Beklagte gegenüber einzelnen Vertragsbestimmungen deren Klauselunwirksamkeit nach § 307 BGB geltend macht, ergibt sich auch unter dem deshalb in Betracht zu ziehenden Gesichtspunkt des § 306 Abs. 3 BGB keine Unwirksamkeit der streitbefangenen Lieferverträge.

Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag nach § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen mit der Maßgabe wirksam, dass sich sein Inhalt gemäß § 306 Abs. 2 BGB nach den gesetzlichen Vorschriften richtet. Dies bedeutet, dass an die Stelle der unwirksamen Klausel in erster Linie das dispositive Recht tritt; fehlen für eine Vertragsergänzung geeignete Vorschriften und ist die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel keine interessengerechte Lösung, ist die Vertragslücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen, die ihre Grundlagen in den ebenfalls zu den gesetzlichen Vorschriften i.S. von § 306 Abs. 2 BGB gehörenden §§ 157, 133 BGB hat. Insgesamt unwirksam ist ein Vertrag nach § 306 Abs. 3 BGB nur dann, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung derjenigen Inhaltsvorgaben, die sich aus der Geltung der gesetzlichen Vorschriften nach Absatz 2 ergeben, eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde (vgl. zu allem BGH, Urteil vom 29.04.2008 - KZR 2/07, WuW/E DE-R 2295-2298, zitiert nach juris Rz. 31 f. – *Erdgassondervertrag*).

Dieser gesetzlichen Prüfungsstruktur folgend greift die eng auszulegende Ausnahmevorschrift des § 306 Abs. 3 BGB (hierzu BGH, Urteil vom 14.05.1996 - XI ZR 257/94, NJW 1996, 2092-2094, zitiert nach juris Rz. 37) im Streitfall indessen aus verschiedenen Gründen nicht. Soweit die Beklagte sich gegen die Preisanpassungsregelung in der jeweiligen Vertragsziffer 4. wendet, kommt es im vorliegenden Individualprozess – die Beurteilung dieser Vertragsbestimmung als Allgemeine Geschäftsbedingung einmal dahingestellt – auf deren Inhaltskontrolle von vornherein nicht an, weil sie von Beginn der Vertragsdurchführung ab 2009 an bis zur unstreitigen Vertragsbeendigung Ende 2011, also insbesondere auch mit Geltung für den hier streitgegenständlichen Lieferzeitraum im ersten Quartal 2011, durch zeitlich aufeinanderfolgende individualvertragliche Preisanpassungen ersetzt worden ist

[nachfolgend aa)]. Bei den von der Beklagten unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten im Übrigen beanstandeten Vertragsbestimmungen

- namentlich die Vorauszahlungsregelung nebst dem auf die Vorauszahlung bezogenen Rückerstattungs Ausschluss (jeweils Vertragsziffer 2.), die Take-or-Pay-Verpflichtung des Käufers (jeweils Vertragsziffer 5. Satz 2) und die Kündigungsregelung in der jeweiligen Vertragsziffer 10. lit. (a) –

handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S. des § 305 Abs. 1 BGB [nachfolgend bb)], die der Inhaltskontrolle anhand des hier allein maßgeblichen § 307 BGB unterliegen [nachfolgend cc)]. Während die Vertragsbestimmungen über das Ob sowie die Höhe und die Anrechnung einer Vorauszahlung in Vertragsziffer 2. Satz 1, 2 und 4 der Inhaltskontrolle standhalten, erweist sich der demgegenüber einen eigenständigen Regelungsgehalt aufweisende Rückerstattungs Ausschluss in Vertragsziffer 2. Satz 3 zwar als unwirksam; die streitbefangenen Lieferverträge bleiben indes mit einer im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung an die Stelle der unwirksamen Klausel tretenden Verfallsanordnung, die auf den Fall der vorzeitigen Vertragsbeendigung wegen vertragswidrigen Verhaltens des Käufers abstellt, auch unter Berücksichtigung des § 306 Abs. 3 BGB wirksam [nachfolgend dd)]. Im Hinblick auf die allein entscheidungsrelevante Frage einer Gesamtwirksamkeit der Verträge ist ferner das AGB-rechtliche Schicksal der Take-or-pay-Klausel in Vertragsziffer 5. Satz 2 unerheblich, weil das Festhalten an den streitbefangenen Lieferverträgen unter der Maßgabe der im Falle einer Klauselunwirksamkeit nach § 306 Abs. 2 BGB statt ihrer zur Anwendung kommenden gesetzlichen Vorschriften der §§ 280, 281 BGB ebenfalls keine unzumutbare Härte im Sinne von § 306 Abs. 3 BGB begründet [nachfolgend ee)]. Gleiches gilt im Ergebnis für die beanstandete Kündigungsregelung in Vertragsziffer 10. lit. (a), die richtigerweise als Regelung des Rücktritts vom Vertrag zu verstehen ist, unter diesem gebotenen Verständnis zwar nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB unwirksam ist, die Bindung an den (jeweiligen) Liefervertrag unter Geltung der nach § 306 Abs. 2 BGB hinzutretenden gesetzlichen Vorschriften in § 323 BGB sich indes für keine Vertragspartei als unzumutbare Härte darstellt [nachfolgend ff)].

aa) Im Streitfall kann dahin gestellt bleiben, ob es sich bei der Preisanpassungsregelung in der jeweiligen Vertragsziffer 4. um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt. Selbst wenn dies der Fall ist, kommt es im Streitfall auf ihre Inhaltskontrolle von vornherein nicht an, weil die in Rede stehende Vertragsbestim-

mung seit Beginn der vertraglichen Lieferzeit ab dem Jahr 2009, jedenfalls aber im Hinblick auf die den streitbefangenen Kaufpreisansprüchen zugrunde liegenden Lieferungen nachträglich durch Individualvereinbarungen (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB) über den Preis abbedungen und ersetzt wurde.

(1) Bereits im Jahr 2009 - dem ersten Lieferjahr gemäß *MoU II* - galten zwischen den Vertragsparteien für klägerische Lieferungen nicht im Wege der vertraglichen Preisanpassungsregelung einseitig von der Klägerin bestimmte Preise, sondern - zumindest stillschweigend - individuell vereinbarte „Sonderkonditionen“. Dies ergibt sich bei verständiger Würdigung aus der Gesamtschau zum einen des ersten in Übersetzung von der Beklagten mit Anlagenkonvolut B 9 vorgelegten und nach Beklagtenvorbringen aus „Oktober 2009“ stammenden (Klageerwiderung Seite 15, GA 84) Schreibens der Klägerin und zum anderen der ebenfalls in Übersetzung als Anlagen B 14 und B 15 vorgelegten weiteren Schreiben der Klägerin vom 20. Oktober 2009:

Mit den als Anlage B 14 und 15 vorgelegten Schreiben vom 20. Oktober 2009 machte die Klägerin für das kommende Lieferjahr 2010 ausdrücklich von der ihr in Vertragsziffer 4. *MoU II* (Anlage B 14) und *MoU III* (Anlage B 15) einseitig eingeräumten Berechtigung zur Preisanpassung Gebrauch. Entgegen dem Vorbringen der Beklagten (Berufungsbegründung Seite 34, GA 475) hatten diese Schreiben nicht lediglich eine Preisanpassung wegen einer Wafer-Dichtenreduzierung gemäß der jeweiligen Zusatzvereinbarung zu den in 2006 geschlossenen Lieferverträgen bzw. gemäß der Vertragsanlage B zum *MoU III*, § 2, zum Gegenstand. Unabhängig davon, dass die in den Schreiben vom 20. Oktober 2009 benannten neuen Stückpreise - gegenüber dem vertraglich festgelegten Ausgangspreis - sich nicht allein durch eine für den Fall der Dichtenreduzierung vorgesehene Preisreduzierung um 3 % erklären ließen, ergibt sich aus dem jeweiligen Schreiben ausdrücklich eine „entsprechend der Preisformel gemäß § 4 und der wegen der Dichtenreduzierung vorzunehmenden Preisanpassung“, wobei zugleich ausdrücklich die von der Preisformel in Vertragsziffer 4. umfassten Variablen „Wechselkurs“ und „Preis für den Rohstoff Silizium“, soweit auf ihrer Grundlage die Berechnung für 2010 erfolgt sei, erläutert wurden.

Das erste - undatierte - Schreiben des Anlagenkonvoluts B 9 nimmt auf diese „Schreiben vom 20.10.2009 und unsere Gespräche betreffend eine temporäre Änderung unserer Langzeitlieferverträge hinsichtlich der Anzahl und Preise unserer Pro-

dukte“ Bezug und erläutert, dass unabhängig „von unserem Angebot für Sonderkonditionen für das Jahr 2009 ... ab dem 01. Januar 2010 wieder die ursprünglichen Bedingungen der Langzeitlieferverträge anzuwenden“ seien. Die Beklagte selbst hat dieses Schreiben in den Kontext ihrer seit 2008 erfolgten Bemühungen um eine Vertragsänderung vor dem Hintergrund spürbar gesunkener Waferpreise eingeordnet (Klageerwiderung Seite 15, GA 84).

Bei verständiger Würdigung dieser Umstände erläutert das erste Schreiben des Anlagenkonvoluts B 9 somit aufgrund eines offensichtlich seinerzeit vorhandenen Klärungsbedürfnisses der Beklagten die erkennbar vorherigen Schreiben vom 20. Oktober 2009 dahin, dass die „Sonderkonditionen für das Jahr 2009“ lediglich eine temporäre Geltung hatten und ab dem Jahr 2010 nun wieder die ursprünglichen Vertragsbedingungen gelten würden. Dies erlaubt wiederum die Schlussfolgerung, dass die für 2009 geltenden „Sonderkonditionen“ – was schon begrifflich dem immanent ist – von der vertraglichen Preisbestimmungsregelung abwichen, was wiederum nur im Wege einer einvernehmlichen – auf das Jahr 2009 befristeten – Vertragsänderung denkbar ist. Dies zeigt sich auch in dem aus den Anlagen B 2 und B 37 ersichtlichen volatilen Verlauf der Preise für vertragliche Bezüge von der Klägerin zwischen 4,37 € im Januar 2009 und 2,42 € im Oktober/November 2009; im Gegensatz dazu wäre auf der Basis der Vertragsziffer 4. nur ein für das gesamte Lieferjahr 2009 einheitlich festgelegter Stückpreis zu erwarten gewesen. Dass die Beklagte diesen Sonderkonditionen seinerzeit nur unter dem Druck der ansonsten nachteilig fortgeltenden Vertragsbestimmungen zugestimmt habe, hat sie selbst nicht behauptet. Im Gegenteil hat die Beklagte die temporäre Preisreduzierung als – wenn auch wegen ihrer bloß temporären Geltung unzureichende – Folge ihrer eigenen Vertragsänderungsbemühungen dargestellt (Klageerwiderung Seite 15, GA 84).

(2) Mit Schreiben vom 26. März 2010 (zweites Schreiben des Anlagenkonvoluts B 9) ist dies für das Jahr 2010 – dem zweiten Lieferjahr der Verträge *MoU II* und das erste Lieferjahr des Vertrags *MoU III* – fortgesetzt worden. Hiernach bot die Klägerin erneut eine temporäre Vertragsänderung im Hinblick auf den Preis an. Das Schreiben legt durch seine Bezugnahme auf „unsere vorangegangenen Gespräche über den gegenwärtigen Stand unserer Langzeitlieferverträge“ und der dem folgenden Formulierung, für die Abnahmepflichten der Beklagten des Jahres 2010 „einen Kaufpreis von 2,38 Euro abzüglich 0,38 Euro Anzahlung pro Stück gemäß *MoU II*,

und 2,64 Euro abzüglich 0,19 Euro Anzahlung pro Stück gemäß MoU III" zu „akzeptieren“, ein – nicht zwangsläufig abgeschlossenes, aber dennoch geführtes – Verhandlungsgespräch über temporäre Vertragsänderungen nahe. Gegenteiliges ergibt sich mit der erforderlichen Substanz weder aus dem Vorbringen der Beklagten noch sonst. Ohne nähere Erläuterung ist die pauschal bleibende Behauptung der Beklagten, auch diese Preise seien einseitig vorgegeben gewesen (Berufungsbegründung Seite 35, GA 476), demgegenüber völlig unzureichend. Im Gegenteil indiziert der sowohl im Schreiben vom 26. März 2010 als auch im weiteren Schreiben vom 8. November 2010 (drittes Schreiben des Anlagenkonvoluts B 9) erfolgte Hinweis, die ursprünglichen Vertragsbedingungen kämen für das Folgejahr zur Anwendung, wenn nicht eine anderweitige Vereinbarung getroffen werde, eine grundsätzlich bestehende Verhandlungsbereitschaft der Klägerin, die vor dem Hintergrund einer unstreitig volatilen Rohstoffpreisentwicklung weit unter dem in den streitbefangenen Lieferverträgen prognostizierten Niveau plausibel ist. Der Charakter der individualvertraglichen Vertragsänderung findet zudem deutlich darin Ausdruck, dass die Klägerin erkennbar nicht – wie in den völlig anders formulierten Schreiben vom 20. Oktober 2009 - von einer einseitigen Preisänderungsberechtigung gemäß Vertragsziffer 4. Gebrauch machen wollte, sondern ausdrücklich die „Zustimmung“ der Beklagten zu den sich folglich nur als Angebot darstellenden Preissonderkonditionen für das Jahr 2010 erbat.

Diese Zustimmung erteilte die Beklagte zwar nicht ausdrücklich in der im vorgenannten Schreiben der Klägerin erbetenen Form, aber stillschweigend, indem sie unter dem 15. Juli 2010 zu den mit Schreiben der Klägerin vom 26. März 2010 angebotenen Konditionen die Restliefermenge für das Jahr 2010 bestellte.

(3) Im Hinblick auf das Lieferjahr 2011, insbesondere auf die zwischen Januar und März 2011 nachgeholten Lieferungen auf die Bestellung vom 15. Juli 2010, die dem mit der Klage verfolgten Zahlungsanspruch zugrunde liegen, haben die Parteien – was hier entscheidend ist – schließlich unter dem 28. Dezember 2010/14. Januar 2011 eine weitere individualvertragliche Sonderregelung gegenüber der ursprünglichen Preis- und Preisanpassungsregelung getroffen. Auch insoweit kam die damit für diesen Vertragszeitraum ersetzte Preisanpassungsklausel in Vertragsziffer 4. nicht zum Tragen.

Die Rechtsnatur der damit angesprochenen *Änderungsvereinbarung 2011* als eine keiner AGB-Inhaltskontrolle unterliegenden Individualvereinbarung wird nicht allein durch den Einwand der Beklagten in Frage gestellt, dass es sich auch bei dieser Zusatzvereinbarung um von der Klägerin einseitig vorformulierte Bedingungen handele (Berufungsbegründung Seite 35, GA 476). Selbst wenn das Beklagtenvorbringen zuträfe, fehlte es am gesetzlichen Erfordernis, dass die Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sein müssen (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB). Im Gegenteil zeugt der Inhalt der *Änderungsvereinbarung 2011* von dessen nur für diese eine konkrete Vereinbarung bestimmte Ausarbeitung. Die *Änderungsvereinbarung 2011* regelte hinsichtlich in ihr ausdrücklich festgestellter Rückstände der Beklagten auf Vorauszahlungen und Liefervergütungen die Bedingungen für eine Nachholung in Anbetracht dessen im Jahr 2010 nach § 320 BGB zurückbehaltener Lieferungen sowie die hierfür geltenden Preise unter Berücksichtigung eines wegen des Rückstandes reduzierten *down payments* (Vorauszahlungsanrechnung). Hiervon ist aufgrund der diesbezüglichen Feststellungen des Landgerichts (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) und des dies näher erläuternden -unbestrittenen - Berufungsvorbringens der Klägerin auszugehen. Der somit auf eine höchst situative und allein auf die seinerzeitige Vertragsabwicklungslage zwischen den Parteien zugeschnittene Regelungsinhalt indiziert auf der Hand liegend eine individualvertragliche Vereinbarung. Dass diese im Hinblick auf den Vertragspreis und dessen Anpassung von der ursprünglichen Vertragslage abwich, zeigt der in den Schreiben der Klägerin vom 20. Oktober 2009 auf der Grundlage der Vertragsziffer 4. sich anders darstellende Preis auf. Dies alles geht zu Lasten der Beklagten, da ihr die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Allgemeinen Geschäftsbedingung i.S. von § 305 BGB obliegt. Wer sich – wie hier die Beklagte - auf den Schutz der §§ 305 ff. BGB beruft, muss darlegen und nachweisen, dass die zum Vertragsinhalt gemachte Klausel eine Allgemeine Geschäftsbedingung i.S. von § 305 Abs. 1 BGB ist (*Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 305 Rn. 24 m.w.N.).

bb) Bei den von der Beklagten im Übrigen beanstandeten Vertragsbestimmungen handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S. von § 305 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB. Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass die in Rede stehenden Vertragsbedingungen nicht zwischen den Vertragsparteien ausgehandelt, sondern von der Klägerin nach einheitlichem Muster standardisiert im Verhältnis zu ihren Abnehmern verwendet und so auch in die streitbefangenen Lieferverträge ein-

bezogen wurden (vgl. zur AGB-Eigenschaft aufgrund nach einheitlichem Muster abgeschlossener Verträge: BGH, Urteil vom 08.05.2007 – KZR 14/04, WuW/E DE-R 2045-2050, zitiert nach juris Rz. 12 - *Kfz-Vertragshändler III*). Überdies tritt der Charakter der fraglichen Vertragsklauseln als für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung schon im identischen Wortlaut und Aufbau der allein mit der Beklagten (bzw. deren Rechtsvorgängerin) in den Jahren 2006 und 2007 abgeschlossenen vier streitbefangenen Lieferverträge zutage. Die mehrfache Verwendung gegenüber demselben Vertragspartner genügt bereits, die Eigenschaft als Allgemeine Geschäftsbedingung zu begründen (vgl. *Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 305 Rn. 9 m.w.N.). Der Rechtsnatur als Allgemeine Geschäftsbedingung steht im Fall der Vorauszahlungsbestimmung (Vertragsziffer 2. Satz 1 und 2) schließlich auch nicht entgegen, dass diese in den streitbefangenen Lieferverträgen individuelle – unterschiedliche – Bestimmungen zur Vorauszahlungsgesamthöhe und zur Höhe sowie Fälligkeit der diesbezüglich nachgelassenen Zahlungsraten umfasst. Die den Regelungsgehalt der Vorauszahlungspflicht lediglich mitbestimmenden individuellen Ergänzungen sind ebenso wie das Ob einer Vorauszahlungspflicht einseitig von der Klägerin vorgegeben worden. Dem bei verständiger Würdigung so zu verstehenden Beklagtenvorbringen, die Vorleistung sei von der Klägerin gefordert und der Inhalt der Vorleistungsklauseln „nie ernsthaft zur Disposition gestellt“ worden (Schriftsatz der Beklagten vom 02.11.2012, Seite 14 f., GA 278 f.), ist die Klägerin nicht in verfahrensrechtlich beachtlicher Weise entgegengetreten. Ihr Vorbringen, dass die Parteien sich in Anbetracht der sie – die Klägerin - erst zur Erfüllung der vertraglichen Lieferpflichten in die Lage versetzenden erheblichen Investitionen auf die zweckgebundene Vorauszahlung geeinigt hätten (Schriftsatz der Klägerin vom 21.03.2012, Seite 26, GA 153), bleibt hinsichtlich der entscheidenden Frage, ob die Vorauszahlungshöhe und der Ratenplan einem individuellen Aushandeln zugänglich gewesen ist, völlig substanzlos. Im Gegenteil spricht gerade die damit bekundete Zweckrichtung der Vorauszahlungsbestimmung unter Berücksichtigung aller Umstände, einschließlich der einen Anbietermarkt kennzeichnenden Marktsituation, für die Annahme, dass die inhaltliche Ausgestaltung von Vorauszahlungshöhe und Ratenplan gerade auf einer Kalkulation der Klägerin beruhte und sie diese Vertragsbedingung nicht zum Verhandlungsgegenstand machte, sondern den Abschluss der streitbefangenen Lieferverträge lediglich unter Einbeziehung dieser von ihr einseitig ausgestalteten Vorauszahlungszahlungspflicht anbot. Aufgrund dessen ist nach den

Grundsätzen zu vorformulierten Vertragsklausel mit Leerräumen (vgl. hierzu *Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 305 Rn. 12 m.w.N.) von einer Allgemeinen Geschäftsbedingung auszugehen.

cc) Werden Allgemeine Geschäftsbedingungen – wie es hier der Fall ist - gegenüber Unternehmen i.S. von § 14 BGB verwendet, beschränkt § 310 Abs. 1 BGB den Prüfungsmaßstab der AGB-Inhaltskontrolle auf § 307 BGB.

Nach § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Unangemessen ist eine Benachteiligung, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich seine eigenen Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (vgl. BGH, Urteil vom 01.02.2005 – X ZR 10/04, NJW 2005, 1774 – 1776, zitiert nach juris Rz. 21 m.w.N.). Dies ist unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts des Vertrages einschließlich (wohlmöglich) darin enthaltener Individualvereinbarungen anhand einer umfassenden Abwägung der rechtlich geschützten Interessen einerseits des Verwenders und andererseits des typischerweise beteiligten Vertragspartners (generalisierender Prüfungsmaßstab), in welche die Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise und die sich aus der Gesamtheit der Rechtsordnung ergebenden Bewertungskriterien einzubeziehen sind, zu beurteilen (vgl.: BGH, a.a.O.; *Grüneberg*, in Palandt, BGB, 71. Aufl., § 307 Rn. 8 m.w.N.).

Im Rahmen der gebotenen Abwägung ist nach § 307 Abs. 2 BGB eine unangemessenen Benachteiligung „im Zweifel anzunehmen“, wenn die zu prüfende Vertragsbestimmung

entweder mit wesentlichen Grundgedanken des dispositiven Rechts (*Grüneberg*, a.a.O., § 307 Rn. 26), von dem abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (Absatz 2 Nr. 1)

oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (Absatz 2 Nr. 2).

Die Verwirklichung eines dieser Regelbeispiele des § 307 Abs. 2 BGB führt zur widerlegbaren Vermutung (*Grüneberg*, a.a.O., § 307 Rn. 25) einer unangemessenen

Benachteiligung und damit zu einer Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast: Während im Grundsatz die Darlegungs- und Beweislast für die eine unangemessene Benachteiligung begründenden tatsächlichen Umstände derjenigen Partei obliegt, welche die Klauselunwirksamkeit geltend macht (vgl. *Grüneberg*, a.a.O., § 307 Rn. 5 m.w.N.), hat im Fall des § 307 Abs. 2 BGB der Klauselverwender darzulegen und nachzuweisen, dass die fragliche Klausel nach Gesamtwürdigung des Vertragswerks und aller Umstände den Verwendungsgegner dennoch nicht unangemessen benachteiligt (vgl. *Grüneberg*, a.a.O., § 307 Rn. 25).

Gegenstand der so vorzunehmenden Inhaltskontrolle ist der *objektive* Inhalt der Klausel (*Grüneberg* in Palandt, BGB, 71. Aufl., § 307 Rn. 8). Dieser ist gegebenenfalls im Wege der Auslegung einheitlich dahin zu ermitteln, wie sie nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn von verständigen und redlichen Vertragspartnern [Durchschnittskunden (*Grüneberg*, a.a.O., § 305c Rn. 16)] unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden wird (st. höchstgerichtliche Rspr.: BGH, Urteil vom 30.03.2010 – XI ZR 200/09, NJW 2010, 2041 – 2046, zitiert nach juris Rz. 20 m.w.N.). Ist eine Klausel hiernach mehrdeutig, ist von der Auslegung auszugehen, die zur Unwirksamkeit der Klausel führt, also den (scheinbar) *kundenfeindlichsten* Klauselinhalt vermittelt (vgl. BGH, a.a.O.). Maßgeblich für die Beurteilung sind – jedenfalls im Individualprozess – die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (BGH, Urteil vom 30.03.2010 – XI ZR 200/09, NJW 2010, 2041 – 2046, zitiert nach juris Rz. 30).

dd) Ausgehend von diesem Rechtsmaßstab ergibt sich zunächst einmal für die Vorauszahlungsbestimmungen in der Vertragsziffer 2., die zwei voneinander abtrennbare und eigenständige Regelungen umfassen [nachfolgend (1)], eine differenzierte Bewertung: Während die Regelungen in Vertragsziffer 2. Satz 1, 2 und 4 über das Ob und die Höhe einer Vorauszahlung, ihrer ratenweise Fälligkeit sowie ihrer sukzessiven Anrechnung auf die Lieferentgelte der Inhaltskontrolle anhand des § 307 BGB stand halten [nachfolgend (2)], erweist sich der einen weitergehenden, eigenständigen Regelungsgehalt aufweisende Ausschluss einer Vorauszahlungsrückstattung in Vertragsziffer 2. Satz 3 zwar als unangemessene Benachteiligung des Käufers, jedoch lässt seine Unwirksamkeit die Wirksamkeit der streitbefangenen Lieferverträge im Übrigen unter Berücksichtigung des § 306 Abs. 2 und 3 BGB unberührt [nachfolgend (3)].

(1) Die individuellen Ergänzungen zum Gesamtbetrag der Vorauszahlung sowie zum Mengenverhältnis und Fälligkeitszeitpunkt der Vorauszahlungsraten außen vor gelassen, heißt es unter Vertragsziffer 2. in allen vier streitbefangenen Lieferverträgen identisch:

„Der Käufer willigt ein, *eine nicht erstattungsfähige, vorbehaltlose und unwiderrufliche Vorauszahlung in Höhe von ... € zu leisten (Vorauszahlung). ... % der Vorauszahlung ... sind bis ..., weitere ... % ... bis ... und weitere ... % ... bis ... fällig. Unbeachtet nachfolgender entgegenstehender Bestimmungen, bestätigt der Käufer ausdrücklich und stimmt zu, dass DS nach Vertragsabschluss unter keinen Umständen dazu verpflichtet ist, dem Käufer die Vorauszahlungen, auch nicht teilweise, zurück zu erstatten. Die Vorauszahlungen sind mit dem Produktpreis zur angegebenen Zeit und in angegebener Höhe gemäß der Anlage B dieses Vertrages zu verrechnen, die der Käufer verpflichtet ist, entsprechend zu kaufen.*“

Ihrem objektiven Inhalt nach trifft die Vertragsregelung damit zwei verschiedene Bestimmungen mit jeweils voneinander abtrennbarem und eigenständigem Regelungsgehalt:

(1.1) Zum einen bestimmt sie eine Verpflichtung des Käufers zur Entrichtung einer - ratenweise fälligen - Vorauszahlung auf den Kaufpreis in festgelegter Höhe, die auf später fällig werdende Lieferentgelte über den gesamten Lieferzeitraum sukzessive anteilig angerechnet werden soll (Vertragsziffer 2. Satz 1, 2 und 4; im Weiteren zusammenfassend: *Vorauszahlungsklausel*).

(1.2) Zum anderen umfasst die Vertragsziffer 2. mit der Negation jeglicher Pflicht der Klägerin zur Rückerstattung von Vorauszahlungen (Satz 3) die über die Vorauszahlungsverpflichtung des Käufers hinausgehende Bestimmung eines Verfalls von diesbezüglichen Rückerstattungs- oder Herausgabeansprüchen des Käufers, soweit geleistete Vorauszahlungen infolge einer vorzeitigen Vertragsbeendigung nicht mehr gemäß dem Abtragsplan in der jeweiligen Vertragsanlage B zur Anrechnung auf Lieferentgelte kommen (*Verfallklausel*).

Bezugspunkt dieser Vertragsbestimmung sind nicht Vorauszahlungen, welche der Käufer zu leisten verpflichtet ist, sondern Vorauszahlungsbeträge, soweit diese nach Vertragsabschluss vom Käufer tatsächlich geleistet werden. Dies ergibt sich aus der nach dem Klauselwortlaut negierten Pflicht, Vorauszahlungen „zurück zu er-

statten", was nach allgemeinem Wortverständnis begrifflich den vorherigen Erhalt des – hier gerade nicht - Zurückzugebenden voraussetzt. Der ausdrücklich formulierten Negation jeglicher Rückerstattungspflicht der Klägerin entspricht umgekehrt der damit geregelte Verlust entsprechender Ansprüche des Käufers auf Rückerstattung bzw. Herausgabe von geleisteten Vorauszahlungsbeträgen. Dieser Rechtsverlust versteht sich bei verständiger Auslegung der Vertragsziffer 2. unter Berücksichtigung ihres gesamten Inhalts nicht als von vornherein geltender Verzicht des Käufers, sondern als Regelung eines auf die vorzeitige Vertragsbeendigung aufschiebend bedingten Verfalls der Vorauszahlungen zugunsten der Klägerin. Denn in erster Linie sollte der Käufer einen vertraglichen Anspruch auf einen wirtschaftlichen Rückfluss des in der Vorauszahlung liegenden Vermögenswertes im Wege deren sukzessive Anrechnung auf Lieferentgelte haben. Bis zur vollständigen Anrechnung der Vorauszahlungen auf Lieferentgelte bei Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer bedurfte auch die Klägerin keines Rechtsverzichts des Käufers, um empfangene, aber noch nicht angerechnete Vorauszahlungen solange behalten zu dürfen; denn hierfür ergibt der Rechtsgrund bereits aus der Vorauszahlungsverpflichtung des Käufers selbst. In Anbetracht dessen kommt der in Satz 3 bestimmte Rechtsverlust vernünftiger Weise nur zum Tragen, wenn und soweit geleistete Vorauszahlungen nicht (mehr) zur vertraglich primär vorgesehenen Anrechnung gelangen können; dies ist – vom Standpunkt des Vertragsschlusses aus gesehen – nur im Falle einer vorzeitigen Vertragsbeendigung, die vor vollständiger Anrechnung gemäß dem sich über die gesamte Vertragsdauer erstreckenden Verrechnungsplan (Vertragsanlage B) eintritt, denkbar.

Dieses Verständnis findet im Klauselwortlaut vor allem darin eine Stütze, dass die Vorauszahlung „auch nicht teilweise“ rückerstattet werden soll. Eine teilweise Rückerstattung jenseits der Verrechnung kommt nach der vertraglichen Konzeption nur im Fall nicht zur Anrechnung gelangter sowie zu diesem Zweck auch nicht mehr verwendbarer Vorauszahlungsteilbeträge in Betracht. Dies war – im Hinblick auf den maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt – lediglich im Falle eines Fortfalls der Verrechnungsabrede wegen vorzeitiger Beendigung des langfristigen Liefervertrages zu befürchten. Weder aus dem Vorbringen der Beklagten noch sonst ergeben sich Anhaltspunkte für eine sonst bei Vertragsschluss bestehende Ungewissheit über den Fortbestand der Vorauszahlungsklausel, welche die Regelung eines Rückforderungsausschlusses erklären könnte.

Nichts anderes ergibt sich aus dem – die Pflichtennegierung im Satz 3 ohne weiterreichenden Aussagegehalt lediglich vorweg nehmenden – Zusatz in Vertragsziffer 2. Satz 1, dass es sich um eine „nicht erstattungsfähige ... Vorauszahlung“ handelt. Soweit diese Textpassage die Vorauszahlung daneben auch als *vorbehaltlos* und *unwiderruflich* erfordert, sichert dies lediglich, dass die Klägerin schon aufgrund der Vorauszahlungsklausel empfangene Vorauszahlungen bis zur (grundsätzlich vorgesehenen) Anrechnung behalten darf. Demgegenüber schafft erst die Verfallklausel die Rechtsgrundlage für ein Behaltendürfen nicht zur Anrechnung kommender Vorauszahlungsteile.

Auch wenn die auf den Fall einer vorzeitigen Vertragsbeendigung bezogene Verfallsklausel an die Verpflichtung zur Vorauszahlung anknüpft, kommt ihr mit der Bestimmung eines Rechtsgrundes für den unter den festgelegten Bedingungen endgültigen Vermögensübergang auf die Klägerin gegenüber der Begründung der Vorauszahlungspflicht ein weitergehender und damit selbständiger Regelungsgehalt zu.

(2) In der (selbständigen) *Vorauszahlungsklausel* liegt – aus den bereits vom Landgericht in der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführten Gründen (Urteilsumdruck Seite 28 – 30), auf die mit der Maßgabe nachfolgender Erwägungen verwiesen wird – keine unangemessene Benachteiligung des Käufers.

(2.1) Zwar weicht die Bestimmung einer Vorleistungspflicht im Kaufvertrag im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vom wesentlichen Grundgedanken der Leistung Zug um Zug (§§ 320, 322 BGB) ab. Durch die ihm auferlegte Vorleistungspflicht wird der Käufer in seinem Druckmittel der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) für die Durchsetzung seines Anspruchs auf vertragsgemäße Erfüllung beeinträchtigt, womit ihm zugleich das Risiko der Leistungsunfähigkeit seines Vertragspartners, des Verwenders, aufgebürdet wird. Dies führt indes nicht schlechthin zur Unangemessenheit einer durch Allgemeine Geschäftsbedingungen statuierten Vorleistungspflicht. Entscheidend ist im Rahmen der gebotenen umfassenden Interessenabwägung vielmehr, ob für die Vorleistungspflicht ein sachlich rechtfertigender Grund gegeben ist und den berechtigten Interessen des Kunden hinreichend Rechnung getragen wird, insbesondere keine überwiegenden Belange des Kunden entgegenstehen. Diese Maßstäbe gelten auch bei Verwendung einer Vorleistungsklausel im Rechtsverkehr zwischen Unternehmen (§ 14 Abs. 1, § 310 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB), wobei den Besonderheiten des unternehmerischen Verkehrs im Rahmen der

nötigen Interessenabwägung Rechnung getragen werden kann und muss (vgl. zu allem BGH, Urteil vom 04.03.2010 – III ZR 79/09, NJW 2010, 1449-1453, zitiert nach juris Rz. 12 m.w.N.).

(2.2) Einen sachlich rechtfertigenden Grund findet die Vorauszahlungsverpflichtung des Käufers im Streitfall in dem berechtigten Interesse der Klägerin, zum einen ihre Liquidität für einen erheblichen Vorleistungsaufwand, welcher der (weitaus) späteren Vertragsdurchführung dient, abzusichern sowie zum anderen im Hinblick auf diesen Vorleistungsaufwand mit dem Erhalt der ihn amortisierenden Gegenleistung - jedenfalls in entsprechendem Umfang - nicht bis zum zeitlich um mehrere Jahre hinausgeschobenen Leistungsaustausch zuwarten und insoweit das Risiko der künftigen Leistungsfähigkeit des Käufers tragen zu müssen.

Die AGB-mäßige Begründung einer Vorleistungspflicht kann dadurch sachlich gerechtfertigt sein, dass der Verwender typischerweise den überwiegenden Teil des von ihm zur Erfüllung seiner Vertragspflichten zu erbringenden Gesamtaufwandes bei Vertragsbeginn tragen muss und deshalb – vor allem im Fall eines längeren Zeitraums bis zur vollständigen Erbringung der ihm obliegenden Leistung - ein berechtigtes Interesse an einer dem jeweils erbrachten bzw. noch zu erbringenden Aufwand entsprechenden, praktikablen und zeitnahen Entgeltzahlung hat (vgl. BGH, Urteil vom 04.03.2010 – III ZR 79/09, NJW 2010, 1449-1453, zitiert nach juris Rz. 29 f.). Wirtschaftlich betrachtet nicht anders stellt sich die Situation der Klägerin als Lieferantin von ihr herzustellender Solarwafer dar; sie trägt typischerweise noch weit vor Beginn der vereinbarten Lieferzeit einen erheblichen Investitionsaufwand für den Auf- oder Ausbau der zur Vertragsdurchführung benötigten Produktionskapazitäten, jedenfalls aber und vor allem für die Sicherstellung ihrer künftig ausreichenden und rechtzeitigen Versorgung mit dem seinerzeit knappen und teuren Rohstoff Silizium in der für die Erfüllung ihrer Herstellungs- und Lieferverpflichtungen fortlaufend benötigten Menge. Die Klägerin hat diesbezüglich nachvollziehbar dargetan, dass die Vorauszahlungen ihrer Käufer sie in die Lage versetzten, entsprechende Produktionskapazitäten und die erforderliche Rohstoffeindeckung langfristig zu sichern, insbesondere indem sie ihre spätere Lieferfähigkeit durch Abschluss langfristiger Bezugsverträge mit dritten Rohstofflieferanten, die ihrerseits Vorausleistungen verlangten, vorbereitet und sichergestellt habe (siehe hierzu etwa Schriftsatz der Klägerin vom 21.03.2012, Seite 9 – GA 136 – und Seite 26 – GA 153). Dieses Vorbringen findet

Bestätigung sowohl in Ziffer 9. jedes streitbefangenen Liefervertrages, mit welcher der Käufer über die notwendige Vorbereitungszeit eines Rohstofflieferanten der Klägerin bis zum 30. Juni 2009 informiert wird, als auch in Ziffer 10. Satz 1 jedes streitbefangenen Liefervertrages, in welcher auf „erhebliche finanzielle Investitionen“ der Klägerin im Vorfeld des vereinbarten Lieferverhältnisses zur Sicherstellung einer beständigen Siliziumbelieferung der Klägerin und ihrer späteren Lieferfähigkeit hingewiesen wird. Die Beklagte ist dem nicht in prozessual erheblicher Weise entgegengetreten. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der Berechtigung dieses Interesses im Streitfall auch nicht deshalb der Boden entzogen, weil die Erweiterung der klägerischen Produktionsanlagen unabhängig vom einzelnen Vertragsabschluss wohlmöglich ohnehin konkret *beabsichtigt* gewesen sein und die Klägerin im Hinblick hierauf – die Investitionen nicht abdeckende – staatliche Förderungen in Anspruch genommen haben mag. Da sich das Interesse am wertmäßigen Ausgleich eines im Vorfeld der Vertragserfüllung zu tragenden Anfangsaufwandes orientiert, ist es zudem unerheblich, ob die Vorauszahlungen des Käufers unmittelbar für den Vorbereitungsaufwand verwendet wurden. Wegen der Einzelheiten zu diesen Gesichtspunkten wird auf die zutreffenden diesbezüglichen Ausführungen des Landgerichts in der angefochtenen Entscheidung (Urteilsdruck Seite 28 f.) Bezug genommen.

(2.3) Dem steht das ebenso berechtigte Interesse des durchschnittlichen Käufers gegenüber, das Druckmittel der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) für die Durchsetzung seines Anspruchs auf vertragsgerechte Erfüllung (ohne Erfordernis einer Prozessführung) zu behalten und nicht mit dem Risiko der Leistungsunfähigkeit seines Vertragspartners belastet zu werden. Diesem gegenläufigen Interesse muss die Vorleistungsklausel auch dann Rechnung tragen, wenn der Kunde ein Unternehmer ist (vgl. zu allem BGH, Urteil vom 04.03.2010 – III ZR 79/09, NJW 2010, 1449-1453, zitiert nach juris Rz. 30 f.). Allerdings erfordert dies lediglich den Schutz des Verwendungsgegners gegen einen wesentlichen Verlust dieses Druckmittels, wohingegen dessen Einschränkung in einem Umfang, aufgrund dessen es seine wirtschaftliche Eignung als wirkungsvolles Druckmittel behält, im Sinne eines Ausgleichs der gegenläufigen Interessen zumutbar und daher nicht unangemessen ist. (vgl. BGH, a.a.O., zitiert nach juris Rz. 31, 34).

Die streitbefangene Vorauszahlungsklausel wird dem ausreichend gerecht.

(2.3.1) Dies gilt zum einen unter dem Gesichtspunkt der Vorauszahlungshöhe. Unstreitig macht die Vorauszahlung im Verhältnis zu dem jeweils anhand der vertraglichen Ausgangsstückpreise hochgerechneten Gesamtvolumen zum einen der unter der Bezeichnung *MoU II* zusammengefassten Lieferverträge lediglich 9,2 % und zum anderen des den überwiegenden Umfang der gesamten Lieferbeziehung darstellenden Liefervertrages *MoU III* sogar nur rund 5 % aus. Dem unwidersprochen gebliebenen klägerischen Vorbringen ist diesbezüglich zu entnehmen, dass die Vorauszahlungshöhe im Verhältnis zum Materialeinkauf sowie zum Kapazitätsausbau berechnet eingesetzt worden ist (Schriftsatz vom 21.03.2012, Seite 31, GA 158). Es ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass dies in Vorgehensweise und Größenordnung nicht der allgemeinen Verwendung der im Einzelfall individuell ergänzten Vertragsbedingung entsprach. Vor dem Hintergrund des von der Klägerin geschilderten und von der Beklagten nicht in prozessual erheblicher Weise bestrittenen gewichtigen Investitionsaufwandes, der im Vorfeld des vertraglichen Lieferzeitraums insbesondere zur Sicherstellung eines für die mehrjährige Vertragserfüllung ausreichenden Rohstoffbezuges zu tragen war, stellt sich das Vorauszahlungsverlangen in dieser allenfalls bis zu einem Zehntel der voraussichtlichen Gesamtvergütung reichenden Größenordnung nicht als einseitige Interessendurchsetzung auf Kosten des Verwendungsgegners dar. Dies alles hat das Landgericht bereits in seiner angefochtenen Entscheidung im Einzelnen ausgeführt (Urteilsdruck Seite 29), worauf Bezug genommen wird. Hinzu tritt, dass die Vorauszahlung in über die gesamte Vorlaufzeit bis zum vertraglichen Lieferbeginn verteilte Raten fällig war.

(2.3.2) Zum anderen und im Streitfall entscheidend beeinträchtigt die Vorauszahlungspflicht mit der in Rede stehenden Größenordnung das in der Einrede des nichterfüllten Vertrages liegende Druckmittel des Käufers nur in einem verhältnismäßig geringem Umfang. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass nicht nur die Vorauszahlungsgesamthöhe weit hinter dem Volumen der (im Zeitpunkt des jeweiligen Vertragsschlusses) voraussichtlichen Gesamtvergütung zurückbleibt, sondern die partielle und sukzessive Verrechnung der Anzahlung auf den Stückpreis im selben relativen Verhältnis von rund 9 % (*MoU II*) bzw. 5 % (*MoU III*) des Bruttostückpreises erfolgen sollte. Dies ergibt sich aus der Konkretisierung der Verrechnungsabrede in der jeweiligen Vertragsanlage B, wenn man die zur Verrechnung kommenden Teilbeträge der Vorauszahlung zum jeweiligen Bruttostückpreis ins Verhältnis setzt. In Anbetracht dessen verbleibt – gerade aufgrund der nur sukzessiven Verrechnung – der

weit überwiegende Teil des vertraglich geschuldeten Entgelts hinsichtlich sowohl jeder einzelnen Lieferung als auch des gesamten noch ausstehenden Vertragsvolumens als wirkungsvolles Druckmittel im Sinne des Nichterfüllungseinwandes. Auch dies hat bereits das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung, auf die insoweit verwiesen wird, näher erläutert (Urteilsdruck Seite 29 f.). Anderes ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung des Vertragsinhalts im Übrigen, hier insbesondere der Verfallklausel und der Take-or-pay-Klausel. In Anbetracht der auch für die Klägerin nach der Vertragslage nur eingeschränkten Kündigungsmöglichkeiten (Vertragsziffer 10. Satz 3 lit. b) ergeben sich keine ernsthaften Anhaltspunkte dafür, dass bei Erhebung der Einrede des nichterfüllten Vertrages eine vorzeitige Vertragskündigung durch die Klägerin und damit einhergehend infolge der Verfallsklausel der endgültige Verlust noch nicht zur Verrechnung gekommener Vorauszahlungsteile zu befürchten und deshalb das Druckmittel faktisch wertlos wäre. Der Take-or-pay-Klausel ist das vertragsgerechte Leistungsangebot der Klägerin als Voraussetzung immanent.

(2.3.3) Die Vorauszahlung findet nach dem Klauselwortlaut bei Durchführung des Vertrages zugunsten des Käufers ungeschmälert Anrechnung auf den Kaufpreis. Die sukzessive Anrechnung der Vorauszahlung über die gesamte Lieferzeit gewährleistet dabei, dass das mit der Vorauszahlung dem Käufer überbürdete Risiko der Leistungsfähigkeit des Verwenders stets gleich bleibt und sich parallel zur Vertragsdurchführung sowie zum jeweils noch offenstehenden Austauschvolumen entwickelt. Eine Unangemessenheit ergibt sich schließlich auch nicht aus der Ausgestaltung als nur schrittweise laufende Anrechnung, zumal gerade die partielle und sukzessive Anrechnung der Vorauszahlung – wie ausgeführt – den wirkungsvollen Erhalt der Nichterfüllungseinrede während der gesamten vertraglichen Belieferungsdauer gewährleistet.

(3) Soweit die *Verfallklausel* die Rückerstattung geleisteter, aber nicht zur Anrechnung kommender Vorauszahlungen ohne jegliche Einschränkung ausschließt, ist dies in seiner konkret einbezogenen Ausgestaltung hingegen nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Aus der Unwirksamkeit dieser Verfallklausel resultiert indes eine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke in den streitbefangenen Lieferverträgen, die – da das dispositive Recht keine interessengerechte Regelung aufweist – gemäß § 306 Abs. 2 BGB im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen ist. Unter Zugrundelegung der diesbezüglichen Auslegungsgrundsätze hätten redliche Ver-

tragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ersichtlichen Interessen zwar durchaus den Verfall noch nicht zur Anrechnung gelangter oder anstehender Vorauszahlungsteile vereinbart, dies aber unter der (aufschiebenden) Bedingung, dass der Liefervertrag wegen eines vertragswidrigen Verhaltens des Käufers vorzeitig, d.h. vor Erreichen der vertraglichen vorgesehenen Belieferungs- und Anrechnungsdauer, beendet wird. Das Festhalten an dem inhaltlich so ergänzten Vertrag führt für keine beteiligte Vertragspartei zu einer unzumutbaren Härte im Sinne von § 306 Abs. 3 BGB.

(3.1) Wie bereits ausgeführt, bestimmt die Vertragsziffer 2. Satz 3 nach ihrem objektiven Inhalt den Verfall von Rückerstattungs- oder Herausgabeansprüchen des Käufers, soweit geleistete Vorauszahlungen infolge einer vorzeitigen Vertragsbeendigung nicht mehr gemäß dem Abtragungsplan in der jeweiligen Vertragsanlage B zur Anrechnung auf Lieferentgelte kommen (können). Allerdings sieht die Klausel den Verfall unabhängig davon vor, auf welchen Grund die vorzeitige Vertragsbeendigung zurückzuführen ist, wessen Risikosphäre dieser Grund zuzurechnen ist bzw. welche Vertragspartei den zur Vertragsbeendigung führenden Umstand zu vertreten hat und wessen Gestaltungserklärung die Vertragsbeendigung herbeigeführt hat. Ein auf den Fall lediglich vertragswidrigen Verhaltens des Käufers einschränkendes Verständnis verbietet sich in Anbetracht des insoweit denkbar weiten Klauselwortlauts schon nach der Auslegungsregel, dass im Zweifel das kundenfeindlichste Klauselverständnis zugrunde zu legen ist.

(3.2) Mit diesem denkbar weitreichenden Inhalt ist die Verfallklausel nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

(3.2.1) Einen in seinen Voraussetzungen und seinem Umfang solch weitreichenden Anspruchsausschluss sehen die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts im Hinblick auf gegenseitige Verträge mit Ausnahme des – hier nicht in Frage stehenden – Rechtsinstituts der Verjährung nicht vor. Da die streitgegenständliche Verfallsanordnung sich in ihren Voraussetzungen nicht auf ein vertragswidriges Verhalten des Käufers beschränkt, sondern unabhängig von dessen Entstehungsgrund jeden denkbaren Fall eines Rückforderungsanspruchs des Käufers umfasst, stellt sie sich weder als eine Verwirkungsklausel i.S. von § 354 BGB noch als bloße Schadenspauschalisierung dar. Insbesondere erschöpft sich ihr Regelungsgehalt ferner nicht in einer – vom Landgericht ihr beigemessenen – Vertragsstrafenregelung. Zwar weist

die streitbefangene Verfallsklausel durchaus einen vertragsstrafenähnlichen Charakter auf, da der drohende endgültige Verlust der Vorauszahlungen oder Teilen davon den Käufer auf der Hand liegend davon abhalten kann (und soll), eine vorzeitige Beendigung des Vortrages vor vollständiger Anrechnung durch eigenes vertragswidriges Verhalten zu provozieren. Dies stellt sich jedoch lediglich als Teilaspekt der streitbefangenen Vertragsbedingung dar, die demgegenüber weit über die Sicherung der Vertragstreue des Käufers hinausgehend den Ausschluss jeglichen Rückforderungsrechts unabhängig davon bestimmt, aus welchem Grund die Vertragsdurchführung vorzeitig endete, bevor die Vorauszahlung im Wege der sukzessiven Anrechnung an den Käufer zurückgeführt wurde. In Übereinstimmung damit hat die Klägerin im Verfahren vorgetragen, dass die Bestimmung der Vorauszahlung als nicht erstattungsfähig den gegenüber der Vertragsstrafe „gänzlich anderen Regelungszweck“ verfolge, „die Beklagte an den erheblichen Investitionskosten der Klägerin zu beteiligen, sofern sie sich nicht über die Vertragslaufzeit amortisieren“; dieser „Investitionskostenbeitrag“ habe (sinngemäß: nur) im Wege der Verrechnungsabrede sukzessive „in Abhängigkeit davon, inwieweit sich die Investitionen der Klägerin bereits amortisiert haben“, zurückgezahlt werden sollen (Schriftsatz vom 21.03.2012, Seite 25 f., GA 152 f.). Diese klägerische Zweckbestimmung findet sich objektiv in der Gesamtregelung der Vertragsziffer 2. plausibel wieder: Soweit sich die zur Erbringung der Lieferpflichten schon vorab aufgebrauchten Investitionskosten der Klägerin über die Vertragslaufzeit *aus der Vertragsdurchführung* amortisieren, fließt der Geldwert der Vorauszahlungen im Wege der anteiligen und sukzessiven Anrechnung auf den Kaufpreis an den Käufer zurück; scheitert dieser Amortisationsprozess vorzeitig, weil der Vertrag nicht über die gesamte vorgesehene Verrechnungsdauer durchgeführt wird, verliert der Käufer im gleichen Verhältnis seine Vorauszahlungen, die nun den Amortisationsausfall der Klägerin im Hinblick auf ihre anfänglichen Investitionen decken sollen. In Anbetracht dessen schließt die Verfallsklausel eine Rückführung der Vorauszahlungen jenseits der Anrechnungsabrede mit der Folge aus, dass die noch nicht zur Anrechnung gelangten Vorauszahlungen als verlorener Zuschuss des Käufers zu nutzlosen Vertragsaufwendungen der Klägerin von dieser einbehalten werden dürfen.

Die Verfallsklausel hat somit objektiv eine auf jegliche vorzeitige Vertragsbeendigung bedingte verschuldensunabhängige (teilweise) Übernahme des Amortisationsrisikos zum Gegenstand, die von der typischen Risikoverteilung im gegenseitigen

Vertrag abweicht. Dies schließt es nicht aus, dass der Verfallklausel zugleich der vertragsstrafentypische Nebenzweck innewohnt, als wirtschaftliches Druckmittel den Käufer zu vertragsgemäßem Verhalten über die langfristige Vertragslaufzeit anzuhalten, um die Amortisation sicherzustellen. Dem steht das zuvor zitierte Klägervorbringen nicht entgegen, zumal die Klägerin im Hinblick auf das Wesen der Vorauszahlung und deren Verfall desgleichen vorgetragen hat, dass die Beklagte für die Vertragsdurchführung „durch die sukzessive Anrechnung ihres Investitionskostenbeitrages belohnt“ werden sollte (Schriftsatz vom 21.03.2012, Seite 27, GA 154); als *Belohnung* kann die immerhin als Regelfall vertraglich vereinbarte Anrechnung nur unter dem Gesichtspunkt eines ansonsten drohenden Verlustes, mithin als wirtschaftliches Druckmittel verstanden werden.

(3.2.2) Die somit vor allem als Risikoüberwälzung zu begreifende Klausel bedarf zu ihrer wirksamen Einbeziehung eines ihre vielschichtige Zweckrichtung sachlich rechtfertigenden Grundes, der sie auch nach Abwägung gegen die Interessen des typischerweise beteiligten Käufers trägt, indem sie den Belangen des durchschnittlichen Käufers von vornherein hinreichend Rechnung trägt und die ihm hieraus entstehenden Nachteile angemessen ausgleicht. Einen sachgerechten Interessenausgleich lässt die streitgegenständliche Verfallklausel – auch unter Berücksichtigung des Vertragsinhalts im Übrigen – indes vermissen, so dass sie sich als einseitige Durchsetzung allein des klägerischen Absicherungsinteresses darstellt:

(a) Ein die (teilweise) Risikoüberwälzung sachlich rechtfertigender Grund kann im Ausgangspunkt wieder nur in der die Vorauszahlungspflicht an sich rechtfertigenden Interessenlage der Klägerin gefunden werden. Die Klägerin tritt zwar nicht im Rechtssinne, aber wirtschaftlich betrachtet in Vorleistung mit einem beträchtlichem Teil ihres zur späteren Erbringung der Herstellungs- und Lieferpflichten (§ 651 Satz 1 BGB) kalkulierten Gesamtaufwandes.

Das Risiko, diesen Vorleistungsaufwand durch den Umsatz aus dem Vertrag amortisieren zu können, wird in zeitlicher Hinsicht durch zwei wesentliche Faktoren beeinflusst. Zum einen liegt zwischen dem Anfall der Investitionsausgaben und dem entsprechenden Kapitalrückfluss durch Erträge aus dem damit vorbereiteten vertraglichen Austauschverhältnis typischerweise ein beträchtlicher, bis zu mehreren Jahren reichender Zeitraum. Diese den Handelsbereich prägende Typik wird nicht nur durch die streitbefangenen Lieferverträge, die eine zwei- bis dreijährige Vorlaufzeit zwi-

schen Vertragsschluss und Lieferzeitraum vorsehen, sondern darüber hinaus auch durch die von der Beklagten in Bezug genommenen Verträge zwischen der Klägerin und ATS bzw. deren Tochter Photowatt belegt; ausweislich der von der Beklagten in Übersetzung zu den Akten gereichten Anlage B 22 wurden diese Verträge im Jahr 2006 mit Lieferbeginn ab Januar 2009 für eine zehnjährige Bezugsdauer sowie im Jahr 2007 mit Lieferbeginn ab Januar 2010 für eine achtjährige Bezugsdauer geschlossen. Zum anderen erstreckt sich der Amortisationszeit, also die Dauer, während der die anfänglichen Aufwendungen durch Erträge gedeckt werden, über die gesamte vertragliche Lieferdauer von hier acht bzw. zehn Jahren. Dies ergibt sich aus dem unwidersprochen gebliebenen Klägervorbringen, dass die Rückzahlung des in den Vorauszahlungen liegenden Investitionskostenbeitrags im Wege der sukzessiven Verrechnung in Abhängigkeit davon erfolgen sollte, inwieweit sich ihre Investitionen über die Vertragslaufzeit amortisiert haben (Schriftsatz der Klägerin vom 21.03.2012, Seite 26, GA 153).

Vor diesem Hintergrund hat die Klägerin ein anzuerkennendes Interesse, mit dem Erhalt zumindest eines Teils der ihren Aufwand amortisierenden Gegenleistung nicht über Jahre zuwarten zu müssen, zumal die Vollamortisation auch nicht sofort mit Lieferbeginn zu erwarten ist, sondern sich über die gesamte Lieferlaufzeit ergibt. Im Hinblick auf die mit der Verfallsklausel bezweckte Risikobeteiligung gewinnt die zeitliche Dimension des Investitions- und Amortisationsprozesses Bedeutung: Gerade die längerfristige Dauer zwischen Investition und Beginn des Amortisationsprozesses sowie sodann die langfristige Amortisationszeit stellen sich als risikoerhöhende Aspekte dar. Je mehr Zeit die Leistungsvorbereitung und die Vertragsdurchführung in Anspruch nehmen, umso schwerkalkulierbarer und größer erscheint das Risiko solcher Umstände, die den Vertragszweck stören oder gar seine Erreichung vereiteln. Dies gilt vor allem im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit oder das Verwendungsinteresse des Käufers und damit das Risiko dessen Ausfalls. In Anbetracht dessen ist das Interesse der Klägerin an einer Risikobeteiligung des Käufers für den Fall, dass die mit dem langfristigen Vertrag bezweckte Ertragserzielung und Investitionsamortisation scheitert, nachvollziehbar und grundsätzlich anzuerkennen.

(b) Gemessen hieran schießt die streitbefangene Verfallsklausel indes bereits insoweit über das im Ausgangspunkt anzuerkennende Interesse hinaus, als der Käufer zwar am Ausfall einer Amortisationsdeckung aus dem Liefervertrag beteiligt wird,

nicht aber an anderweitigen Amortisationsmöglichkeiten partizipiert. Der durchschnittliche Käufer hat, soweit seine Risikobeteiligung im Grundsatz gerechtfertigt ist, ein anzuerkennendes Interesse daran, nicht übermäßig, insbesondere nur im Umfang des tatsächlichen Amortisationsausfalls beteiligt zu werden.

Anderweitige Amortisationsmöglichkeiten sind im Streitfall nicht von vornherein ausgeschlossen. Anders als das Landgericht meint, besteht durchaus eine wirtschaftlich praktikable sowie rentable Möglichkeit der Klägerin, im Hinblick auf den jeweiligen Vertrag kalkulierte Kapazitäten anderweitig zu nutzen und das Produkt anstatt an den Vertragspartner an Drittkäufer abzusetzen. Die von der Klägerin nach dem jeweiligen Vertrag herzustellenden Wafer entsprechen – wovon in Ermangelung anderer Anhaltspunkte im Sach- und Streitstand auszugehen ist – handelsüblichen Produktspezifikationen. Die Nachfrage nach Solarwafern war im Zeitpunkt der streitbefangenen Vertragsabschlüsse aufgrund der seinerzeitigen Rohstoffknappheit und nicht zuletzt des die gesamte Branche umfassenden Booms groß und als nachhaltig ansteigend zu prognostizieren. Insoweit wird auf die diesbezüglichen Ausführungen zur Marktbetrachtung im Zusammenhang mit den kartellrechtlichen Gesichtspunkten verwiesen. Hinzu tritt, dass der Absatz von Wafern weder nach der Geschäftsausrichtung der Klägerin noch allgemein am Markt auf den Vertrieb mittels Langzeitverträge beschränkt war. Im Gegenteil ist die schon seinerzeitige Existenz eines – wie die „außervertraglichen“ Waferbezüge der Beklagten von der Klägerin laut Anlage B 2 aufzeigen – auch von der Klägerin bedienten Spotmarktsegments unstrittig. Der zugrunde zu legende Sach- und Streitstand weist auch nicht ansatzweise Anhaltspunkte dafür auf, dass das Spotmarktgeschäft eine nur höchst untergeordnete Rolle spielte und/oder ein nur unerhebliches Handelsvolumen aufwies. Unabhängig davon, dass die Klägerin selbst solches nicht plausibel behauptet hat, spiegelt sich das Gegenteil in dem durch die Anlage B 37 veranschaulichten Vorbringen der Beklagten zu Ersatzeinkäufen (Berufungsbegründung Seite 13 f., GA 454 f.) wieder; hiernach vermochte die Beklagte, auf Liefereinschränkungen der Klägerin im Jahr 2011 mit Spot-Ersatzeinkäufen zu reagieren und hierüber ohne erkennbare Schwierigkeiten den Anteil ihrer (tatsächlichen) Bedarfsdeckung durch andere Hersteller von ca. 7 % im Vorjahr auf etwa 25 % auszuweiten. Da somit im Allgemeinen eine – wenn auch nicht zwangsläufig eine Vollamortisation versprechende – anderweitige Absatzmöglichkeit für die Klägerin bestand, ließ die völlig uneingeschränkte Verfallklausel die mit dem

vertraglichen Äquivalenzgedanken und dem allgemeinen Schadensausgleichgedanken unvereinbare Möglichkeit einer Überkompensation der Klägerin erwarten.

(c) Dieser Gedanke kommt allerdings nicht im Hinblick auf den vertragsstrafenähnlichen Nebenzweck der Verfallsklausel zum Tragen. Der Zweck, einen geeigneten Druck zur vertragsgemäßen Erfüllung durch sonst drohende wirtschaftliche Nachteile zu bewirken, erfordert keine Beschränkung auf den tatsächlich zu erwartenden Amortisationsausfall, sondern gewinnt seinen Charakter als Druckmittel gerade aus einer über das Äquivalenzverhältnis des (gestörten) Vertrages hinausgehenden wirtschaftlichen Nachteil.

(d) Die angemessene Berücksichtigung der durchschnittlichen Käuferbelange gebietet – soweit es die mit der streitbefangenen Klausel bezweckte Risikobeteiligung betrifft – aber nicht nur eine wertmäßige Beschränkung des Verfalls noch nicht angerechneter Vorauszahlungen auf den tatsächlichen Amortisationsausfall der Klägerin. Vielmehr ist darüber hinaus – und im Streitfall entscheidend – dem berechtigten Käuferinteresse Rechnung zu tragen, die Folgen eines Scheiterns des Vertrages und der mit seiner Durchführung bezweckten Amortisation nur insoweit mittragen bzw. tragen zu müssen, als ihm der Grund hierfür zuzurechnen ist. Dies gilt hinsichtlich des mit der Verfallsklausel vorrangig verfolgten Risikobeteiligungsgedankens ebenso wie hinsichtlich des begleitenden Vertragsstrafenaspekts. Scheitert die Vertragsdurchführung aus Gründen, die aus der Risikosphäre der Klägerin resultieren oder gar von ihr zu vertreten sind, besteht für einen durchschnittlichen Käufer kein nachvollziehbarer Grund, für das nicht selbst verschuldete Vertragsscheitern neben dem – möglicherweise mit einem Schaden für ihn verbundenen – Lieferausfall auch noch mit einem weiteren wirtschaftlichen Nachteil eintreten zu müssen. Erst recht ergibt sich kein sachlicher Anlass dafür, die Klägerin in einem solchen Fall auch noch durch eine gewisse Risikoentlastung zu belohnen.

Dem trägt die Verfallsklausel in ihrer konkret einbezogenen, denkbar weiten Fassung auch nicht ansatzweise Rechnung. Ein das dargelegte berechnete Käuferinteresse hinreichend berücksichtigender sachgerechter Interessenausgleich erfordert es vielmehr, dass sich der Ausschluss der Erstattungsfähigkeit von geleisteten Vorauszahlungen auf den Fall einer vorzeitigen Vertragsbeendigung wegen eines vom Käufer zu vertretende vertragswidrigen Verhaltens beschränkt, womit letztlich der

Vertragsstrafencharakter (und der Schadenspauschalisierungsaspekt) in den Vordergrund tritt.

(3.3) Da § 306 BGB eine geltungserhaltende Reduktion der unwirksamen Klausel auf einen mit dem AGB-Recht vereinbaren Regelungsgehalt nicht vorsieht (*Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 306 Rn. 6 m.w.N.), ist die Verfallsklausel in Vertragsziffer 2. Satz 3 im Ganzen nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Aus der Unwirksamkeit der Verfallsklausel resultiert eine planwidrige Lücke in den streitbefangenen Lieferverträgen, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung unter Berücksichtigung der bereits geschilderten beiderseitigen Interessenlage indes erneut durch die Bestimmung des Verfalls noch nicht zur Anrechnung gekommener Vorauszahlungsbeträge für den Fall, dass der Liefervertrag wegen einer Pflichtverletzung des Käufers vor Ablauf der vereinbarten Lieferdauer wirksam beendet wird, zu schließen ist.

(3.3.1) Mit Wegfall der unwirksamen Verfallsklausel entsteht eine planwidrige und deshalb vervollständigungsbedürftige Regelungslücke in jedem streitbefangenen Liefervertrag.

Die nach § 306 Abs. 2 BGB für den Inhalt des Vertrages anstelle der unwirksamen Klausel in erster Linie in Betracht zu ziehenden gesetzlichen Vorschriften sehen keine Absicherung des zur späteren Erfüllung der Vertragspflichten vorab zu erbringenden Aufwandes vor. Der Klägerin bleibt hiernach allein die Möglichkeit, die im Hinblick auf den Vertrag gemachten, infolge der gescheiterten Vertragsdurchführung aber nutzlos gewordenen Aufwendungen im Wege des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung unter den Voraussetzungen der §§ 280, 281 BGB (vgl. hierzu *Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 249 Rn. 60 sowie § 281 Rn. 23 jeweils m.w.N.) *nachträglich* geltend zu machen. Der Verweis auf die nachträgliche Schadensliquidation trägt dem nach ursprünglicher Vertragskonzeption gewollten vorbeugenden Schutz der Klägerin im Hinblick auf den Ausgleich ihrer nicht unerheblichen Vorabinvestitionen jedoch auch nicht im Ansatz Rechnung. Im Gegenteil birgt die wohlmöglichst erst zu einem noch weiter hinausgeschobenen Zeitpunkt und gegebenenfalls nur unter Inanspruchnahme eines Gerichts mit den damit einhergehenden Prozessrisiken realisierbare Schadensliquidation die Gefahr einer weiteren Risikoerhöhung.

Unter Berücksichtigung dessen ist der ersatzlose Fortfall der unwirksamen Verfallklausel keine interessengerechte Lösung, zumal damit das ursprüngliche Vertragsgefüge eine einseitige Verschiebung zugunsten des Käufers erführe. Wie im Einzelnen bereits erläutert, ist es für Langzeitlieferverträge des streitbefangenen Musters gerade typisch, dass der Hersteller – hier die Klägerin – einen erheblichen Teil des zur späteren Erfüllung seiner Herstellungs- und Lieferpflichten aufzubringenden Investitionsaufwandes vorab trägt, insbesondere um seine beständige und fortlaufende Versorgung mit dem seinerzeit knappen Rohstoff Silizium während der Vertragslaufzeit sicherzustellen. Die präventive Absicherung des – wie ebenfalls bereits ausgeführt: gesteigerten – Risikos, diesen finanziellen Vorab-Aufwand durch die künftige Vertragsdurchführung wiedereinzubringen, ist im Ausgangspunkt ein nachvollziehbares und berechtigtes Interesse. Die Umsetzung dieses Interesses in den Lieferverträgen ist erkennbar *ein* für die Willensentschließung der Klägerin, einen Langzeitliefervertrag abzuschließen, tragender Gesichtspunkt. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass sich dieses Absicherungsinteresse außer in Gestalt der (unwirksamen) Verfallklausel auch in weiteren Vertragsbestimmungen niederschlägt, so etwa in der ausdrücklich auf dieses Sicherungsbedürfnis gestützten Einschränkung der Kündigungsmöglichkeiten in den Vertragsziffern 8. Satz 2 und 3 sowie Vertragsziffer 10., durch welche erkennbar die Amortisationszeit weitgehend sichergestellt werden soll. Mit ersatzloser Streichung der unwirksamen Verfallklausel entfielen die nur durch sie begründete vorbeugende Risikobeteiligung des Käufers in Gestalt eines bedingt verloren Investitionskostenzuschusses und damit ein wesentliches Element der durch den Gedanken des Investitionsschutzes geprägten Vertragskonzeption. Hinzu tritt, dass die mit der Verfallklausel zugleich gewollte Beweiserleichterung, die sich aus der vertraglichen Risikobewertung in Höhe jedenfalls nicht angerechneter Vorauszahlungsbeträge ergibt, entfällt und die Klägerin im Rahmen des ihr sodann nur offenstehenden Weges der nachträglichen Schadensliquidation ihren Amortisationsausfall grundsätzlich nachweisen muss. Darüber hinaus verlöre die Klägerin zugleich ein gewichtiges wirtschaftliches Druckmittel, welches – wie schon erläutert – darin liegt, dass der bei vorzeitiger Vertragsbeendigung drohende Verlust bis dahin nicht zur Anrechnung gelangter Vorauszahlungsteile geeignet ist, den Käufer während sowohl der mehrere Jahre umfassenden Vorlaufphase als auch während der mehrjährigen Lieferlaufzeit zur Vertragstreue und zu vertragsgemäßigem Verhalten anzuhalten.

Fehlen für eine Vertragsergänzung geeignete gesetzliche Vorschriften und ist die ersatzlose Streichung der Klausel – wie es nach alledem hier der Fall ist – keine interessengerechte Lösung, insbesondere weil das Unterbleiben der Vervollständigung zu einem den beiderseitigen Interessen nicht mehr Rechnung tragenden, sondern zu einem das Vertragsgefüge völlig einseitig zu Gunsten des Verwendungsgegners verschiebendes Ergebnis führt (vgl. hierzu: BGH, Beschluss v. 7.9.2011 – VIII ZR 25/11, ZMR 2012, 88 f., Rz. 4; BGH, Urteil v. 12.7.1989 – VIII ZR 297/88, NJW 1990, 115 f., zitiert nach juris Rz. 20), stellt sich die durch die Klauselunwirksamkeit entstandene Vertragslücke als vervollständigungsbedürftig dar.

(3.3.2) Die planwidrige Vertragslücke ist im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung dahin zu schließen, dass an die Stelle der unwirksamen Klausel die Gestaltungsmöglichkeit tritt, welche die Parteien bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen gewählt hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der Geschäftsbedingungen bekannt gewesen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 13.11.1997 – IX ZR 289/96, BGHZ 137, 153 – 162, zitiert nach juris Rz. 11 m.w.N.; vgl. ferner *Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 306 Rn. 7 m.w.N.). Grundlage der demnach erforderlichen Ergänzung des Vertragsinhalts ist der hypothetische Parteiwille (vgl. *Ellenberger* in Palandt, BGB, 71. Aufl., § 157 Rn. 7). Dabei ist zunächst an den Vertrag selbst anzuknüpfen; die in ihm enthaltenen Regelungen und Wertungen sind Ausgangspunkt der Vertragsergänzung (BGH, Urteil vom 01.06.2005 – VIII ZR 234/04, NJW-RR 2005, 1421 – 1423, zitiert nach juris Rz. 23 m.w.N.). Für die so vorzunehmende Auslegung ist nicht auf den Zeitpunkt der Feststellung der Vertragslücke, sondern auf den des Vertragsschlusses abzustellen (vgl.: BGH, Urteil vom 25.11.2004 – I ZR 49/02, NJW-RR 2005, 687, 689 m.w.N.; *Ellenberger*, a.a.O.).

(3.3.3) In Anwendung dieser Auslegungsgrundsätze ist im Streitfall an den aus der teilunwirksamen Vertragskonzeption ersichtlichen Wertungsgesichtspunkt einer vorbeugenden Risikoabsicherung zugunsten der Klägerin im Hinblick auf einen von ihr zu erbringenden Vorabaufwand anzuknüpfen. Die Klauselunwirksamkeit resultiert nicht daraus, dass die Klägerin mit der Verfallklausel eben dieses – an sich berechnete – Interesse umzusetzen versuchte, sondern daraus, wie dies geschehen sollte, nämlich durch eine jegliche Einschränkung vermissen lassende, in ihrem Anwendungsfall und Umfang zu weit greifende Verfallsbestimmung. Ein redlicher Käufer hätte sich dem Sicherheitsinteresse der Klägerin nach Treu und Glauben daher nicht

schlechthin entziehen können, sondern auf eine dabei auch seinen berechtigten Belangen Rechnung tragende Regelung einlassen müssen. Für eine solche bietet es sich als naheliegend und praktikabel an, an geleistete Vorauszahlungen anzuknüpfen; denn die vertraglich festgelegte Vorauszahlungshöhe ist nach dem Vorbringen der Klägerin, welchem die Beklagten nicht in prozessual erheblicher Weise entgegengetreten ist, an dem Vorabaufwand, dessen Amortisation zu sichern ist, bemessen, so dass sich geleistete Vorauszahlungen als ein in der Hand der Klägerin befindliches Sicherungsmittel eignen. Unter Berücksichtigung der bereits im Zusammenhang mit der Angemessenheitsprüfung im Einzelnen erörterten beiderseitigen Interessenlage hätten redliche Parteien im Zeitpunkt der streitbefangenen Vertragsabschlüsse daher für den Fall, dass der Liefervertrag wegen einer Vertragspflichtverletzung des Käufers vor der vereinbarten Vertragslaufzeit beendet wird, den Verfall geleisteter, aber im Rahmen der vertraglichen Verrechnungsabrede noch nicht zur Anrechnung auf den Kaufpreis gelangter oder anstehender Vorauszahlungen zugunsten der Klägerin vereinbart. Eine solche, an die Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung von Vertragspflichten anknüpfende Verfallsbestimmung im Vertrag begegnet keinen rechtlichen Zulässigkeitsbedenken (vgl. *Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 339 Rn. 4). Auf sie finden die Vorschriften der §§ 339 ff. BGB entsprechende Anwendung, so dass insbesondere der § 339 Satz 1 BGB zu entnehmende Verschuldensgrundsatz gilt (vgl. *Grüneberg*, a.a.O.). Da ferner auch § 343 BGB analog anzuwenden ist (*Grüneberg*, a.a.O.), der unter Beweislast des Schuldners eine gerichtliche Angemessenheitsprüfung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls einschließlich der Funktion der Verfallfolge als Druck- und Sicherungsmittel sowie ihres schadensausgleichenden Charakters ermöglicht (vgl. *Grüneberg*, a.a.O., § 343 Rn. 6 f. m.w.N.), erfordert der Gesichtspunkt einer Partizipation des Käufers an anderweitigen Amortisationsmöglichkeiten der Klägerin *keine* weitere Einschränkung dahin, dem Käufer den Nachweis eines geringeren Amortisationsausfalls vorzubehalten. Schließlich entspricht auch die Beschränkung des in der drohenden Verfallsfolge liegenden wirtschaftlichen Nachteils auf – wie die streitbefangenen Lieferverträge nahelegen – einen Prozentsatz zwischen 5 % und 10 % des sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses darstellenden gesamten Vertragsvolumens einem angemessenen Interessenausgleich. Entscheidender Beurteilungszeitpunkt ist nach den für die ergänzende Vertragsauslegung geltenden Grundsätzen der Vertragsschluss und das sich zu diesem Zeitpunkt darstellende Vertragsvolumen. Zwar kann-

ten redliche Vertragsparteien zu diesem Zeitpunkt (2006/2007) – wie es in Vertragsziffer 4. als gemeinsame Vermutung auch zugrunde gelegt wird – ein Sinken des Rohstoffpreises erwarten, so dass auch der nach der Berechnungsformel in Vertragsziffer 4. durch den Siliziumpreis beeinflusste Vertragsstückpreis – unter der Einschränkung der Wechselkursentwicklung US-Dollar/Euro – voraussichtlich sinken und sich damit auch der Geldwert des Vertragsvolumens verringern würde. Einzig greifbarer Anknüpfungspunkt für die Angemessenheitsbetrachtung des Verfallrisikos bleibt im maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt jedoch das seinerzeit kalkulierbare und kalkulierte Vertragsvolumen. Im Übrigen musste nach der Konzeption der Verrechnungsabrede ein Sinken der Vertragsstückpreise zugunsten des Käufers zu einem proportional höheren Vorauszahlungsrückfluss führen; denn der Anrechnungsbetrag war – wie die beispielsweise aus den Anlagen B 14 und B 15 ersichtliche Durchführung des Vertrages jedenfalls bis zu der Vorauszahlungsrückständen geschuldeten Änderungsvereinbarung aus Dezember 2010/November 2011 indiziert – auch bei Ermäßigung des Bruttostückpreises unverändert im anfänglich absolut festgelegten Umfang (in den streitbefangenen Lieferverträgen 0,38 € / 0,24 € / 0,19 €) zugrunde zu legen. Überdies gewährleistet die vereinbarte Verrechnung der Vorauszahlung in absolut festgelegter Höhe – spiegelbildlich zur fortschreitenden Amortisation der klägerischen Investitionen – die Beibehaltung des prozentualen Verhältnisses von Verfallrisiko und noch verbleibendem Vertragsvolumen; so macht im Streitfall – ausgehend von einer Berechnung des Vertragsvolumens nach dem anfänglich vertraglich festgelegten Stückpreis – der mit dem Verfallrisiko behaftete Betrag noch nicht verrechneter Vorauszahlungen aufgrund der laufenden anteiligen Verrechnung stets 9,2 % (*MoU II*) bzw. 5 % (*MoU III*) des noch ausstehenden Vertragsvolumens aus.

(3.4) Das Festhalten an den so ergänzten Lieferverträgen stellt sich weder für die Klägerin noch für die Beklagte als unzumutbare Härte i.S. von § 306 Abs. 3 BGB dar. Maßgebender Zeitpunkt für diese Beurteilung ist nicht der des Vertragsschlusses, sondern der der Geltendmachung von Rechten aus dem Vertrag (BGH, Urteil 27.06.1995 – XI ZR 8/94, BGHZ 130, 115 – 127, zitiert nach juris Rz. 25 sowie Urteil 14.05.1996 – XI ZR 257/94, NJW 1996, 2092-2094, zitiert nach juris Rz. 37 f. jeweils m.w.N.; vgl. ferner *Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 306 Rn. 10). Im vorliegenden Fall des verschiedenen Rechtspositionen über eine langfristige Vertragsdauer umfassenden Liefervertrages ist insoweit auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem gerade der infolge der Klauselunwirksamkeit nach § 306 Abs. 2 BGB veränderte Ver-

tragsinhalt, also die aufgrund der gebotenen Vertragsergänzung geltende Verfallsbestimmung zum Tragen kommt. Diesbezüglich kommt hier allein der Zeitpunkt der vorzeitigen Vertragsbeendigung Ende 2011 in Betracht, wobei es an dieser Stelle auf sich beruhen kann, ob die streitbefangenen Lieferverträge bereits durch die Kündigungserklärung der Beklagten vom 24. November 2011 oder erst durch die Kündigungserklärung der Klägerin vom 22. Dezember 2011 wirksam beendet wurden und die auf die Vertragsverletzung durch den Käufer beschränkte Verfallsbestimmung eingriff. In jedem Fall ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Geltung der nach § 306 Abs. 2 BGB um die eingeschränkte Verfallsbestimmung ergänzte Vertragsregelung in diesem Zeitpunkt eine unzumutbare Härte für eine der Vertragsparteien darstellt. Für die Klägerin ergäben sich Zumutbarkeitsbedenken nach den die Vertragsergänzung tragenden Erwägungen im Gegenteil nur ohne die vorgenommene Vertragsergänzung; soweit die Unwirksamkeit der ursprünglichen Verfallsklausel zu einer Verschlechterung ihrer Rechtsposition führt, d.h. ihr Amortisationsausfall mangels vertragswidrigen Verhaltens der Beklagten nicht durch einen Verfall der Vorauszahlungen gedeckt ist, rechtfertigt dies schon unter dem Gesichtspunkt, dass sich damit ein typisches Risiko des AGB-Verwenders realisiert, grundsätzlich nicht die Anwendung des § 306 Abs. 3 BGB (vgl. *Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 306 Rn. 11). Stellt man auf Seiten der Beklagten aufgrund des für die AGB-Kontrolle maßgeblichen generalisierten Prüfungsmaßstabs auf den durchschnittlichen Käufer ab, ist nichts dafür ersichtlich, warum die (ergänzte) Verfallsbestimmung, sollte sie eingreifen, im maßgeblichen Zeitpunkt nicht mehr einem sachgerechten Interessenausgleich entsprach. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung des außer Streit stehenden zwischenzeitlichen Preisrückgangs beim Rohstoff und dem folgend beim Marktpreis für Solarwafer. Soweit hierdurch - was an dieser Stelle keiner Entscheidung bedarf - möglicherweise das Äquivalenzverhältnis zwischen den vertraglich festgelegten Hauptleistungspflichten beeinträchtigt wird, unterliegt dies nicht dem hier im Hinblick auf die unwirksame ursprüngliche Verfallklausel konkretisierten Schutzzweck des AGB-Rechts. Etwas anderes ergibt sich auch nicht, wenn man die individuellen Belange der Beklagten - soweit diese ersichtlich sind - berücksichtigen würde. Weder bewirkt der zwischenzeitliche Fortfall einer staatlichen Förderung von Solarstromenergie in Italien eine der Beklagten nicht mehr zumutbare Verschiebung des sich gerade im Hinblick auf die ergänzte Verfallsregelung ergebenden Vertragsgefüges zugunsten der Klägerin, noch stellt sich die ergänzte Ver-

fallsbestimmung nur deshalb nicht mehr als sachgerechter Interessenausgleich dar, weil zum Zeitpunkt ihres wohlmöglichen Eingreifens Ende 2011 der Beklagten die Insolvenz bzw. Zahlungsunfähigkeit drohte; im Gegenteil realisierte sich damit das Risiko, welches mit der Verfallsbestimmung besorgt werden sollte. Soweit der Verfall der Vorauszahlungen die Gläubiger der Beklagten benachteiligt, insbesondere weil die Vorauszahlungen infolge ihres Verfalls zugunsten der Klägerin der künftigen Insolvenzmasse entzogen bleiben, bezweckt das AGB-Recht nicht deren Schutz (vgl. BGH, Urteil 27.06.1995 – XI ZR 8/94, BGHZ 130, 115 – 127, zitiert nach juris Rz. 25 m.w.N.).

ee) Im Hinblick auf die Rechtsfolge des § 306 Abs. 3 BGB erfordert der Streitfall keine abschließende Entscheidung über die Klauselwirksamkeit der Take-or-pay-Klausel in der jeweiligen Vertragsziffer 5. Satz 2. Ihre – hier einmal unterstellte – Nichtigkeit ließe die Wirksamkeit der streitbefangenen Lieferverträge auch unter Berücksichtigung ihres nach § 306 Abs. 2 BGB geänderten Inhalts unberührt:

(1) Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Klausel nicht von vorneherein gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB von der Inhaltskontrolle ausgenommen.

Nach dieser Vorschrift unterliegen nur solche Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Inhaltskontrolle, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Nicht kontrollfähig sind daher insbesondere vertragliche Vereinbarungen betreffend Leistung und Gegenleistung, die von den Vertragsparteien nach dem im Bürgerlichen Recht geltenden Grundsatz der Privatautonomie frei bestimmt werden können. Dies umfasst jedoch wiederum nicht eine in das Regelwerk zur Preisfestlegung bloß eingestellte (Preisneben-)Abrede, die zwar (mittelbare) Auswirkungen auf Preis und Leistung hat, an deren Stelle aber, wenn eine wirksame vertragliche Regelung fehlt, dispositives Gesetzesrecht treten kann (vgl. zu allem BGH, Urteil vom 22.11.2012 – VII ZR 222/12, NJW 2013, 856-858, Tz. 16 m.w.N.).

Um eine solche kontrollfähige Preisnebenabrede handelt es sich bei der streitigen Take-or-pay-Klausel in Vertragsziffer 5. Satz 2. Nach ihrem objektiven Regelungsgehalt knüpft diese Vertragsbestimmung lediglich an die bereits in Satz 1 derselben Vertragsziffer i.V.m. der jeweiligen Vertragsanlage B festgelegte vertragliche Hauptleistungspflicht des Käufers zur Kaufpreiszahlung (§§ 651, 433 Abs. 2 BGB)

an und erstreckt diesen Entgeltanspruch auf von der Beklagten nicht abgerufene bzw. nicht abgenommene Vertragsmengen, ohne dass die Klägerin insoweit Lieferungen noch erbringen muss. Die Klägerin sieht hierin eine dem Schutz ihrer Investitionen dienende Abnahmebedingung, welche eine Festpreisbestimmung des Warenbezugs über die gesamte Vertragslaufzeit erst ermögliche und deshalb die Vorhaltung ihrer kontinuierlichen Lieferbereitschaft abgelte (so etwa Schriftsatz der Klägerin vom 21.03.2012, Seite 33 ff., GA 160 ff.). Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Wie bereits ganz zu Beginn zu ihrer Rechtsnatur ausgeführt [Punkt 1.a)], legen die Verträge *MoU II* und *MoU III* nicht lediglich einen vom Käufer bloß ausschöpfbaren Lieferrahmen fest, zu dessen vollständigen Leistung die Klägerin sich zwar fortwährend bereit halten müsste, das tatsächliche Liefervolumen aber variabel erst durch Bestellungen des Käufers konkretisiert würde. Die Verträge legen vielmehr nach Umfang und Leistungszeitraum grundsätzlich fix abgesprochene Liefermengen fest. Die Klägerin muss daher, schon um ihre vertragliche Hauptleistungspflicht zur Lieferung von ihr hergestellter Solarwafer in den vereinbarten Lieferperioden und hierfür festgelegten Mengen erfüllen zu können, ausreichende Lieferkapazitäten vorhalten. Die rechtzeitige Lieferbereitschaft im vertraglich vorgesehenen Leistungsumfang ist mithin keine weitere – gesondert zu vergütende – Hauptleistungspflicht neben der Lieferpflicht, sondern deren Bestandteil. Die diesbezüglichen Vorhaltekosten werden – wie die klägerischen Lieferleistungen im Übrigen – durch den Kaufpreis ausgeglichen. Der Zweck des mit der Take-or-pay-Klausel vorgesehenen Zahlungsanspruchs ist es ersichtlich, den Ausfall dieses Ausgleichs im Fall einer Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Abnahmepflicht (§ 433 Abs. 2 BGB) zu kompensieren, indem – wie der jeweilige Vertragswortlaut es in Vertragsziffer 5. Satz 3 konsequent formuliert – der Käufer „mit dem vollen Kaufpreis für den Unterschied zwischen der bestellten und der vertraglichen Menge haftet“. Damit erweist sich die streitige Klausel als nicht im vertraglichen Synallagma stehender Anspruch mit Entschädigungscharakter (vgl. BGH, Urteil vom 22.11.2012 – VII ZR 222/12, NJW 2013, 856-858, Tz. 17). Ohne seine (wirksame) Vertragseinbeziehung wäre die Klägerin zur Verfolgung eben dieses (sekundären) Entschädigungsinteresses auf einen Anspruch nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen in §§ 280, 281 BGB angewiesen (vgl. BGH, a.a.O.).

(2) Im Streitfall kann es auf sich beruhen, ob die streitige Take-or-pay-Klausel den Käufer im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteiligt, etwa weil

die Klägerin sich hiermit – abweichend insbesondere von den Rechtsgrundsätzen zur Schadenskausalität sowie zur Vorteilsanrechnung – die Möglichkeit eröffnet, die dem Käufer geschuldeten, von dieser aber nicht abgerufenen bzw. abgenommenen, gleichwohl aber voll bezahlten Liefermengen anderweitig gewinnbringend zu veräußern, ohne dass der Käufer hiervon profitieren kann (vgl. hierzu BGH, a.a.O., Tz. 20 f.). Die Unwirksamkeit der streitigen Klausel nach § 307 BGB einmal unterstellt, ergeben sich unter Berücksichtigung der nach § 306 Abs. 2 BGB sodann an ihre Stelle tretenden gesetzlichen Vorschriften in §§ 280, 281 BGB für ein Eingreifen der eng auszulegenden Ausnahmegesetzvorschrift des § 306 Abs. 3 BGB im Streitfall keine Anhaltspunkte. Für den Käufer bedeutet der Wegfall der Klausel in jedem Fall eine Verbesserung seiner Rechtsposition; die anstatt der unwirksamen Klausel zur Anwendung kommenden §§ 280, 281 tragen insbesondere mit den Rechtsgrundsätzen zur Schadensadäquanz, Schadensminderung und Vorteilsanrechnung seinen berechtigten Interessen ausreichend Rechnung. Das Festhalten an den Lieferverträgen unter Geltung dieser gesetzlichen Vorschriften stellt sich aber auch für die Klägerin nicht als unzumutbare Härte dar. Dies gilt gerade auch unter Berücksichtigung des zur Rechtfertigung der unwirksamen Klausel geltend gemachten Bedürfnisses der Klägerin, den Ausgleich ihrer vorab wie auch während des gesamten Lieferzeitraums zur Erfüllung ihrer Lieferpflichten gegenüber dem Käufer aufbrachten Investitionen in eine ausreichende Rohstoffeindeckung und den Ausbau der Kapazitäten dadurch abzusichern, dass der Produktabsatz an den Käufer zu den vereinbarten Preisen im Rahmen der Vertragsbeziehung gewährleistet ist (Schriftsatz der Klägerin vom 21.03.2012, Seite 33, GA 160). Eben dieses Erfüllungsinteresse besorgt der Schadensersatzanspruch nach §§ 280, 281 BGB unter der Maßgabe des damit gesetzlich vorgenommenen Interessenausgleichs. Anders als im Fall der Verfallklausel ist der Klägerin im Hinblick auf den – vertragswidrigen und zu vertretenden – Ausfall laufender Vertragsumsätze der Verweis auf die nachträgliche Liquidation ihres verletzten Erfüllungsinteresses im Wege des Schadensersatzes zumutbar. Dies gilt vor allem, zumal sie mit der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs insoweit nicht darauf verwiesen ist, das Ende der Lieferbeziehung abzuwarten, sondern diesbezügliche Entschädigungsansprüche zeitnah noch während der weiterlaufenden Vertragsbeziehung geltend machen kann, sobald die Nichterfüllung der Käuferpflichten aus § 433 Abs. 2 BGB für die jeweils vereinbarte Liefer- und Abnahmeperiode feststeht. Auch soweit mit der Take-or-pay-Klausel eine die Klägerin

begünstigende Beweiserleichterung betreffend das Ob und die Höhe eines Schadens entfallen mag, liegt hierin keine unzumutbare Härte für die Klägerin, da dies das Vertragsgleichgewicht nicht berührt und die auf Seiten des Verwenders durch die Unwirksamkeit der Klausel eintretende Verschlechterung seiner Rechtsstellung dessen typisches, eine Anwendung des § 306 Abs. 3 BGB grundsätzlich nicht rechtfertigendes Risiko darstellt (vgl. hierzu *Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 306 Rn. 11 m.w.N.). Schließlich resultiert eine unzumutbare Härte auch nicht daraus, dass mit der unwirksamen Take-or-pay-Klausel einer von mehreren Mosaiksteinen des im Gesamtkontext des Vertrages zutage tretenden Konzepts einer umfassenden Absicherung des klägerischen Erfüllungsinteresses entfällt. Abgesehen davon, dass die Take-or-pay-Klausel infolge der an ihrer Stelle greifenden gesetzlichen Regeln nicht ersatzlos entfällt, stellte sie sich zwar als ein Baustein der Umsetzung dieses Absicherungsinteresses dar, war insoweit indes nicht *conditio-sine-qua-non* für die übrigen Sicherungsmittel, wie etwa die Verfallklausel oder Kündigungseinschränkung.

ff) Schließlich begegnet auch die Kündigungsklausel in Vertragsziffer 10. lit. (a) durchgreifenden Wirksamkeitsbedenken nach § 307 BGB, jedoch lässt auch dies die Wirksamkeit des jeweiligen Liefervertrages im Übrigen berührt:

(1) Entgegen der Auffassung der Beklagten besteht die AGB-rechtliche Problematik der Kündigungsklausel nicht in erster Linie darin, dass sich die Klägerin (abweichend von den §§ 280, 286 BGB sowie der §§ 273, 320 BGB) eine völlig folgenlose Leistungsverzögerung um bis zu 180 Tagen vorbehalte. Nach ihrem Wortlaut sowie nach ihrem Regelungsinhalt und –zweck regelt die Klausel in ihrer Gesamtheit das Recht des Käufers zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund. Diesen beschränkt die Vertragsbestimmung auf den Kündigungsgrund der Nichterfüllung einer fälligen und nicht binnen 180 Tagen ab schriftlicher Nichtlieferungsanzeige des Käufers nachgeholt Teillieferpflicht. Hiernach kommt der Nachholung einer Lieferung binnen der vorgesehenen 180-Tage-Frist lediglich die Wirkung zu, die Kündigung abzuwenden bzw. auszuschließen. Andere denkbare Folgen der Leistungsverzögerung, wie etwa die Geltendmachung eines Verzögerungsschadens nach Maßgabe der §§ 280, 286 BGB oder des Zurückbehaltungsrechts aus § 273 sowie des Leistungsverweigerungsrechts aus § 320 BGB, lässt die fristgerechte Leistungsnachholung unberührt. Diesbezüglich lässt der Wortlaut der Klausel keinen Raum für

andere (weiter in die Rechte des Käufers eingreifende) Auslegungsmöglichkeiten, die zur Anwendung der AGB-rechtlichen Auslegungsregel des kundenfeindlichsten Verständnisses führen könnte.

(2) Bei der Feststellung eines unzureichenden Verständnisses der Beklagten von der streitigen Klausel darf die Inhaltskontrolle im Streitfall jedoch nicht stehen bleiben. Denn die in Rede stehende Vertragsklausel ist – letztlich auch im Hinblick auf die beklagtenseits gerügte Nachlieferungsmöglichkeit - aus anderen Gründen i.S. des § 307 BGB unangemessen.

(2.1) Diese Unangemessenheit ist allerdings nicht darin begründet, dass die bei Dauerschuldverhältnissen gegebene außerordentliche Kündigungsmöglichkeit durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht abbedungen werden kann (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 26.05.1986 – VIII ZR 218/85, NJW 1986, 3134-3136, zitiert nach juris Rz. 12 m.w.N.; vgl. ferner *Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 314 Rn. 3). Denn bei den streitbefangenen Lieferverträgen *MoU II* und *MoU III* handelt es sich um *Sukzessivlieferungsverträge* über von vorneherein fest bestimmte Liefermengen, die nicht der für Dauerschuldverhältnisse vorgesehenen Kündigung, sondern dem - allerdings nur für die Zukunft wirkenden - Rücktritt nach § 323 BGB unterliegen:

Unter einem Sukzessivlieferungsvertrag ist ein Kauf- oder Werklieferungsvertrag zu verstehen, der auf die Erbringung von Leistungen in zeitlich aufeinander folgenden Raten gerichtet ist (*Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., Überbl. v § 311 Rn. 27 m.w.N.). Ist die aus ihm geschuldete Leistungsmenge – also die Leistungspflicht und deren Umfang - von vornherein vertraglich festgelegt und der Leistungsaustausch im Hinblick hierauf lediglich in Teillieferungen aufgespaltet, die zu festgelegter Zeit oder in wechselseitiger Bindung auf Abruf zu erbringen und zu bezahlen sind (sog. Ratenlieferungsvertrag), liegt kein Dauerschuldverhältnis vor (vgl. BGH, Urteil vom 05.11.1980 – VIII ZR 232/79, NJW 1981, 679-680, zitiert nach juris Rz. 23 f. m.w.N.; vgl. ferner *Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., Überbl v § 311 Rn. 27) Denn ein Dauerschuldverhältnis ist demgegenüber dadurch gekennzeichnet, dass insbesondere Leistungspflichten ständig neu entstehen und der Gesamtumfang der Leistung von der Dauer der Rechtsbeziehung abhängt (vgl. hierzu *Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 314 Rn. 2 m.w.N.).

Um solche der Leistungsmenge nach von vornherein begrenzte Sukzessivlieferungsverträge handelt es sich bei den streitbefangenen Lieferverträgen *MoU II* und *MoU III*, da sie die Lieferung und Abnahme für jedes Jahr des auf bestimmte Zeit geschlossenen Vertrags und damit zugleich für das gesamte Vertragsvolumen determinierter Liefermengen zum Inhalt haben (jeweils Vertragsziffer 3: Satz 1 und 2 i.V.m. Vertragsanlage B).

Ein solcher Vertrag wird, sofern sich ein Partner wegen einer Vertragsverletzung des anderen hinsichtlich der noch nicht erbrachten Leistungen von ihm lösen will, nicht durch Kündigung, sondern durch – *allerdings nur für die Zukunft wirkenden* – Rücktritt unter den Voraussetzungen des § 323 BGB beendet (BGH, a.a.O., zitiert nach juris Rz. 23). Denn das für Dauerschuldverhältnisse gesetzlich vorgesehene bzw. von der Rechtsprechung entwickelte Institut der Kündigung ist nicht das sachgerechte Mittel der Vertragsbeendigung im Falle eines der Leistungsmenge nach begrenzten Sukzessivlieferungsvertrages, der sich vom normalen Kaufvertrag nur durch die Aufspaltung des Leistungsaustausches in mehrere Teilakte unterscheidet (BGH, a.a.O., zitiert nach juris Rz. 24).

(2.2) Dies lässt im Streitfall die AGB-rechtliche Relevanz der Vertragsklausel mangels Regelungsbereichs der Klausel nicht entfallen. Denn sie ist – ohne die Wortlautgrenzen zu überschreiten – unter Berücksichtigung der in den streitbefangenen Lieferverträgen liegenden Vertragsart sowie des Regelungszwecks und Regelungszusammenhangs der Klausel dahin auszulegen, dass sie nicht die Kündigung, sondern den Rücktritt vom Vertrag regelt.

Der Regelungszweck der Vertragsziffer 10. lit. (a) liegt im Kern in der Einschränkung der Möglichkeit, sich während der Vertragslaufzeit hinsichtlich der noch nicht erbrachten Leistungen vom Vertrag zu lösen, unabhängig davon, auf welchem rechtlichen Weg die vorzeitige Vertragsbeendigung wirksam herbeigeführt werden kann. Dies ergibt sich unzweifelhaft aus dem das Motiv der gewollten Einschränkung erläuternden Klauselwortlaut in Vertragsziffer 10. Satz 1 bis 3:

„Der Käufer weiß und bestätigt, dass DS erhebliche finanzielle Investitionen macht, um eine beständige Siliziumlieferung zu gewährleisten, um den Produktbedarf des Käufers zu befriedigen. Die Parteien erkennen an, dass es ihr ausdrücklicher Wille ist, dass der Käufer verpflichtet ist, die vertraglich vorgesehene Menge bis zum Vertragsende zu erwerben. Entsprechend sind die

Gründe und Umstände, die zur Kündigung des Vertrages vor Vertragsende berechtigen, nach diesem Paragraphen beschränkt: ...“.

Hintergrund dessen ist unstreitig, dass die Klägerin zwar nicht im Rechtssinne, aber wirtschaftlich betrachtet in Vorleistung mit einem beträchtlichem Teil ihres zur späteren Erbringung der Herstellungs- und Lieferpflichten (§ 651 Satz 1 BGB) kalkulierten Gesamtaufwandes tritt. Die Amortisationszeit, also die Dauer, während der die anfänglichen Aufwendungen durch aus der Vertragsdurchführung erwartete Erträge gedeckt werden, erstreckt sich über die gesamte vertragliche Lieferdauer von hier acht bzw. zehn Jahren. Dies ergibt sich etwa aus dem unwidersprochen gebliebenen Klägervorbringen, dass die Rückzahlung der Vorauszahlungen im Wege der sukzessiven Verrechnung in Abhängigkeit davon erfolgen sollte, inwieweit sich ihre Investitionen über die Vertragslaufzeit amortisiert haben (Schriftsatz der Klägerin vom 21.03.2012, Seite 26, GA 153). In Anbetracht dessen bringt die zitierte Einleitung der Vertragsziffer 10. deutlich zum Ausdruck, dass mit der Gesamtregelung dieser Klausel die Amortisationszeit weitgehend geschützt werden soll, indem die Möglichkeit einer Vertragsbeendigung vor Ablauf der Vertragslaufzeit eingeschränkt wird. Dies zeigt auch ihr Regelungszusammenhang mit den eben diesem Interesse der Klägerin ebenfalls Rechnung tragenden Vertragsbestimmungen zur Vorauszahlung und zu deren Verfall: Die Vorauszahlungsbestimmung sichert die Liquidität der Klägerin im Hinblick auf ihre Vorab-Investitionen, während die Einschränkung in der Möglichkeit zur vorzeitigen Beendigung des Vertrages die Amortisation dieses Voraufwandes aus dem Vertrag über dessen Laufzeit sichern und die Verfallklausel das Amortisationsrisiko im dennoch eintretenden Falle eines vorzeitigen Scheiterns der Vertragsdurchführung auffangen soll.

Unter Berücksichtigung dessen bedarf die Klausel der Auslegung, dass an die Stelle der Kündigung der - für die Zukunft wirkende - Rücktritt vom Vertrag tritt. Dieses Verständnis ist mit dem Wortsinn der Klauselregelung (noch) vereinbar, zumal dieser mit dem Begriff der *Kündigung* ein - wenn auch unzutreffend bezeichnetes, so doch aber ebenso wie der Rücktritt - auf Auflösung des Rechtsgeschäfts gerichtetes Gestaltungsrecht zum Gegenstand hat.

(2.3) Unter diesem Verständnis stellt sich die Vertragsziffer 10. lit. (a) indes als unangemessene Benachteiligung dar.

(2.3.1) Die Vertragsbestimmung verstößt gegen das gemäß §§ 310 Abs. 1, 307 BGB auch im Verkehr zwischen Unternehmen geltende (vgl. BGH, Urteil vom 20.03.2003 – I ZR 225/00, NJW-RR 2003, 1056 – 1060, zitiert nach juris Rz. 68; BGH, Urteil vom 29.10.2008 – VIII ZR 258/07, NJW 2009, 575 – 578, zitiert nach juris Rz. 26) Verbot des § 309 Nr. 8a BGB, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei einer vom Verwender zu vertretenden Vertragspflichtverletzung das Recht des anderen Teils zur Vertragslösung auszuschließen oder einzuschränken. Eine hiernach verbotene Einschränkung liegt in der mit der Vertragsklausel Ziffer 10. lit. (a) zweifache vorgenommenen Eingrenzung des Rücktrittsrechts aus § 323 BGB auf den Fall – einesteils nur – der Nichterfüllung der – darüber hinaus weiter einengend – Hauptleistungspflicht zur Lieferung. Hiermit wird der Anwendungsbereich des § 323 Abs. 1 BGB in einem Teil ausgeschlossen, dem eine Relevanz für die Zumutbarkeit eines Festhaltens am Vertrag nicht von vornherein zu versagen ist, nämlich zum einen im Fall der Verletzung anderweitiger, nicht notwendigerweise synallagmatischer (vgl. hierzu *Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 323 Rn. 10 m.w.N.) Vertragspflichten und zum anderen im Fall der Schlechterfüllung von vertraglichen Haupt-, Nebenleistungs- oder Nebenpflichten. Die darin liegende Beeinträchtigung eines Kardinalrechts des Käufers wird nicht dadurch ausgeglichen, dass die Klägerin im Gegenzug nach Vertragsziffer 10. lit. (b) ebenfalls einer Einschränkung im Rücktrittsrecht unterliegt; dies gilt hier, zumal die die Klägerin treffende Einschränkung im Kündigungsrecht in ihrem rechtsverkürzenden Gehalt hinter der Einschränkung der Vertragsziffer 10. lit. (a) deutlich zurückbleibt und nicht vergleichbar ist. Insbesondere bleibt der Klägerin – anders als dem Käufer nach Vertragsziffer 10. lit. (a) – die Nichterfüllung jeglicher Art von Vertragspflicht und insoweit auch die Schlechterfüllung als Rücktrittsgrund erhalten; der Beschränkung auf „eine erhebliche Verletzung“ stellt sich in Anbetracht des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB, der im Falle der Nichterfüllung entsprechend gilt (*Grüneberg*, a.a.O., § 323 Rn. 32), nicht als besonderer Ausgleich der Käuferbenachteiligung dar.

(2.3.2) Darüber hinaus weicht die Regelung in Vertragsziffer 10. lit. (a) insofern von dem gesetzlichen Leitbild des Rücktritts in § 323 BGB unvereinbar ab, als sie – nach ihrem Wortlaut – ohne jede Ausnahme einen Rücktritt des Käufers erst nach Ablauf von 180 Tagen ab schriftlicher Nichtlieferungsrüge erlaubt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Versäumnisurteil vom 06.06.2013 - VII ZR 355/12, NJW 2013, 3022 – 3024, zitiert nach juris Rz. 20 m.w.N.) weicht eine Vertragsklausel i.S. von § 307 BGB von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen

Regelung ab, soweit sie eine Nachfristsetzung auch dann erfordert, wenn eine solche nach § 323 Abs. 2 BGB entbehrlich wäre. Nicht anders liegt der Fall, wenn die Klausel – wie hier – das Abwarten einer Frist vor Ausübung des Rücktrittsrechts erfordert und auch der kaufmännische Verwendungsgegner in Anbetracht des insoweit ohne Einschränkungen und Ausnahmen formulierten Klauselwortlauts sich veranlasst sehen kann, diese Frist selbst im Fall etwa des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB abwarten zu müssen. Die daraus resultierende Vermutung einer unangemessenen Benachteiligung hat die Klägerin *nicht* widerlegt. Insbesondere schafft die Parallelregelung in Vertragsziffer 10. lit. (b), indem diese umgekehrt dem Käufer eine Möglichkeit zur den Rücktritt der Klägerin ausschließenden Heilung der Vertragspflichtverletzung vorbehält und damit auch der Klägerin ausnahmslos das Abwarten dieser Frist vor Ausübung des Rücktritts abverlangt, schon in Anbetracht der denkbaren Verschiedenartigkeit der Interessenlage, die im Einzelfall einen sofortigen Rücktritt rechtfertigen kann, keine hinreichende Nachteilskompensation.

(2.4) Die Unwirksamkeit der Klausel beschränkt sich allerdings nicht auf die Regelung in lit. (a) der Vertragsziffer 10., sondern erstreckt sich auch auf die davon nicht trennbare Rücktrittsbeschränkung zu Lasten der Klägerin in lit. (b) der Vertragsziffer. Wie der Gleichlauf der den jeweiligen Rücktritt ausschließenden Heilungsmöglichkeiten, vor allem aber der in der Präambel der Vertragsziffer 10. Satz 1 bis 3 zutage tretende gemeinsame und einheitliche Regelungszweck der vertraglichen Beschränkung der Rücktrittsmöglichkeiten aufzeigt, besteht zwischen beiden Regelungen eine wechselseitige Verknüpfung, aufgrund derer die Geltung des einen Regelungsteils nicht unabhängig vom anderen gewollt gewesen ist.

(3) An die Stelle der somit in ihrer Gesamtheit nach § 307 BGB unwirksamen Regelung in Vertragsziffer 10. tritt gemäß § 306 Abs. 2 BGB die gesetzliche Regelung des § 323 BGB. Allerdings kann der Rücktritt im Falle des bereits teilweise vollzogenen Sukzessivlieferungsvertrag regelmäßig lediglich den noch nicht abgewickelten Vertragsteil erfassen (vgl. BGH, Urteil vom 28.03.1979 – VIII ZR 15/78, WM 1979, 674-675, zitiert nach juris Rz. 16), so dass der Rücktritt grundsätzlich nur in die Zukunft wirkt (BGH, Urteil vom 05.11.1980 – VIII ZR 232/79, NJW 1981, 679-680, zitiert nach juris Rz. 23; vgl. ferner *Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., Überbl v § 311 Rn. 27, der eine – offensichtlich analoge – Anwendung des § 314 BGB für möglich hält).

(4) Im Streitfall ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass bei Entfall der Vertragsregelung in Ziffer 10. und Verweis auf den Rücktritt vom Vertrag nach § 323 BGB sich das Festhalten an den streitbefangenen Lieferverträgen für eine der Vertragsparteien als unzumutbare Härte darstellte. Insbesondere die mit der Unwirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingung einhergehende Verschlechterung der Rechtsstellung der Klägerin liegt – wie bereits ausgeführt – in ihrem Risiko und rechtfertigt grundsätzlich nicht die Anwendung des § 306 Abs. 3 BGB. Vor allem ergibt sich aus dem zugrunde zu legenden Sach- und Streitstand kein Anhaltspunkt dafür, dass aus Sicht der Klägerin im Hinblick auf Lieferverzögerungen ohne eine Karenzzeit von bis zu 180 Tagen der Liefervertrag nicht sachgerecht durchführbar oder das Vertragsgleichgewicht grundlegend gestört wäre. Allein der sich dem Senat als denkbar darstellende Fall, dass die unstreitige Rohstoffknappheit möglicherweise zu längerfristigen Lieferverzögerungen führen kann, rechtfertigt ohne diesbezügliches Parteivorbringen zu einer Unzumutbarkeit oder mangelnden Praktikierbarkeit einer unter gesetzlicher Rücktrittsregelungen geltenden Lieferbeziehung nicht die Annahme einer Gesamtnichtigkeit der Lieferverträge. Dies gilt, zumal einem solchen Umstand – wenn auch zeitlich deutlich eingeschränkter – im Rahmen der Angemessenheit der Nachfrist i.S. von § 323 Abs. 1 BGB sowie unter Berücksichtigung der Regelung des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB (kein Rücktritt bei bloß unerheblicher Pflichtverletzung), die – wie bereits ausgeführt – auch auf den Fall der Nichterfüllung entsprechend Anwendung findet, Rechnung getragen werden kann.

e) Schließlich bleibt dem Vorbringen der Beklagten die Erheblichkeit versagt, soweit sie die Nichtigkeit der streitbefangenen Lieferverträge auf § 138 BGB zu stützen sucht. Die Beklagte hat insoweit einen überhöhten sowie diskriminierenden Vertragspreis, ferner ihre wirtschaftlichen Zwangslage zum Abschluss der streitbefangenen Verträge und schließlich ihre wirtschaftlichen Knebelung durch die Akkumulation angeblich nachteiliger Vertragskonditionen geltend gemacht. Für eine Sittenwidrigkeit der streitbefangenen Lieferverträge *MoU II* und *MoU III* – mit den für sämtliche darunter fallenden Verträge durch die *Änderungsvereinbarung 2011* festgelegten Preis- und Konditionenregelung – ergeben sich weder aus dem Beklagtenvorbringen noch sonst durchgreifende Anhaltspunkte. Dies geht zu Lasten der Beklagten, da ihr als diejenige Partei, die sich auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts beruft, die Darle-

gungs- und Beweislast für die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit obliegt (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 23.02.1995 – IX ZR 29/94, NJW 1995, 1425-1430, zitiert nach juris Rz. 57 m.w.N.). Gründe, die für eine Erleichterung oder gar Umkehr der Darlegungslast sprechen, sind im Streitfall nicht ersichtlich.

aa) Ein Rechtsgeschäft ist sittenwidrig, wenn entweder schon sein objektiver Inhalt

(vgl. BGH, Urteil vom 08.05.1985 – IVa ZR 138/83, BGHZ 94, 268 – 275, zitiert nach juris Rz. 23 m.w.N.)

oder sein Gesamtcharakter, der sich aus der Gesamtwürdigung aller Umstände unter Einbeziehung des Inhalts und Zwecks des Rechtsgeschäfts sowie die zu seiner Vornahme führenden Umstände und Absichten sowie Motive der Vertragsparteien erschließt

(vgl. BGH, Urteil vom 10.10.1997 – V ZR 74/96, NJW-RR 1998, 590 – 592, zitiert nach juris Rz. 12 f. m.w.N.),

mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- oder Sittenordnung unvereinbar ist (vgl. zu allem auch *Ellenberger* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 138 Rn. 7 f. m.w.N.).

bb) Dies kann bei – wie vorliegend - Austauschverträgen im Fall eines *auffälligen Missverhältnisses* zwischen Leistung und Gegenleistung anzunehmen sein, wenn weitere sittenwidrige Umstände, wie etwa eine verwerfliche Gesinnung, hinzutreten (vgl. *Ellenberger*, a.a.O., § 138 Rn. 34 m.w.N.). Handelt es sich – so hier gemäß § 651 BGB – um einen Kaufvertrag, liegt ein auffälliges Missverhältnis nur dann vor, wenn der Verkaufspreis rund doppelt so hoch ist wie der tatsächliche Wert des Verkaufsobjekts (BGH, Urteil vom 18.12.2007 – XI ZR 324/06, WM 2008, 967 – 971, Tz. 31 m.w.N.). Eben eine solch auffällige Diskrepanz zwischen dem Vertragspreis und dem Marktpreis für Wafer, auf welchen sie diesbezüglich abstellt, hat die Beklagte nicht substantiiert dargetan:

(1) Schon nach ihrem eigenen Vorbringen bestand im Zeitpunkt der Vertragschlüsse im Jahr 2006 (*MoU II*) und Mai 2007 (*MoU III*) kein auffälliges Missverhältnis zwischen den vereinbarten Vertragspreisen und den marktüblichen Waferpreisen.

Die Beklagte hat selbst vorgetragen, dass „die vereinbarten Einkaufspreise, die im Jahr 2006/2007, als die Verträge unterschrieben worden sind, noch akzeptierbar waren“ und erst „danach unbillig“ geworden seien, „als sich die Situation auf dem

Energiemarkt komplett verändert“ habe (Klageerwiderung Seite 14, GA 83 unten; ähnlich auch: Berufungsbegründung Seite 29, GA 470 unten). Hierzu hat sie weiter ausgeführt (Klageerwiderung Seite 15, GA 84 oben, sowie nahezu wortgleich Berufungsbegründung Seite 30, GA 471 oben):

„Tatsächlich sind die Preise für Wafer seit 2008 bei anderen Lieferanten spürbar gesunken – sei es weil der Preis für Silizium gesunken ist, sei es weil das Angebot für Wafer auf dem europäischen Markt gestiegen ist – mit der Folge, dass die Beklagte mit den vertraglich festgelegten Preisen durch die Klägerin auf dem Markt für Zellen nicht mehr wettbewerbsfähig war“.

Dieses Vorbringen kann nicht anders verstanden werden, als dass die im Zeitpunkt des Abschlusses der streitbefangenen Lieferverträge festgelegten Vertragspreise marktgerecht waren und eine Abweichung vom marktüblichen Preis sich erst aufgrund der Marktentwicklung nach Vertragsschluss ergeben habe.

Maßgeblich für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts. Ein Vertrag wird nicht sittenwidrig, wenn nachträglich ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung entsteht. Die ursprünglich nicht nach § 138 BGB zu beanstandende vertragliche Regelung bleibt in einem solchen Fall vielmehr als solche wirksam, was in Anbetracht veränderter Umstände lediglich die Frage aufwirft, welchen Inhalt sie unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben hat und ob sie gegebenenfalls im Hinblick auf die geänderten Verhältnisse zu ergänzen ist (vgl. zu allem BGH, Urteil vom 20.09.1993 – II ZR 104/92, BGHZ 123, 281 – 289, zitiert nach juris Rz. 11; vgl. ferner: *Ellenberger* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 138 Rn. 9 m.w.N.). Bestand zwischen der ursprünglichen Preisfestsetzung in streitbefangenen Lieferverträgen und dem Marktpreis – wie die Beklagte selbst vorgetragen hat – keine wesentliche Diskrepanz, berührt das später wohlmöglich entstandene Missverhältnis ihre Wirksamkeit grundsätzlich nicht unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB.

(2) Etwas anderes kann gelten, wenn und soweit das nachträglich entstehende Missverhältnis auf einem Zusatzgeschäft zwischen den Vertragsparteien beruht (vgl. *Ellenberger*, a.a.O., § 138 Rn. 66 m.w.N.). Unter diesem Aspekt rücken die mit der zwischen den Parteien unter dem 28. Dezember 2010 / 14. Januar 2011 geschlossenen *Änderungsvereinbarung* neu festgelegten Vertragspreise in Höhe von 2,79 € (*MoU II*) und 2,54 € (*MoU III*) in den Fokus der Sittenwidrigkeitsprüfung. Dies-

bezüglich hat die Beklagte jedoch kein auffälliges Missverhältnis zu den entsprechenden seinerzeitigen Marktbedingungen dargetan.

(2.1) Soweit die Beklagte behauptet, der auf dem Markt im Jahr 2011 zu erzielende Waferstückpreis habe 1,40 € betragen (Schriftsatz der Beklagten vom 02.11.2012, Seite 10, GA 274 unten), ist ihr Vorbringen unerheblich.

(2.1.1) Die verfahrensrechtliche Berücksichtigungsfähigkeit dieses Beklagtenvorbringens nach § 138 Abs. 1 ZPO begegnet bereits deshalb durchgreifenden Bedenken, weil es in einem unauflösbaren Widerspruch zum weiteren Vorbringen der Beklagten steht, dass die Marktpreise im ersten Quartal 2011 (in dem die *Änderungsvereinbarung 2011* zustande kam) durchschnittlich 2,55 € pro Stück Wafer betragen habe (Schriftsatz der Beklagten vom 15.02.2012, Seite 32, GA 101 oben).

(2.1.2) Ungeachtet dessen ist der angebliche Marktpreis von seinerzeit 1,40 € mit dem insoweit lediglich erfolgten Verweis auf Rechnungen nur eines einzigen anderen Lieferanten aus dem Zeitraum September/Oktober 2011 (Schriftsatz der Beklagten vom 02.11.2012, Seite 10, GA 274 i.V.m. Anlagenkonvolut B 17) nicht substantiiert dargetan.

(a) Die Klägerin hat bereits erstinstanzlich einen so weit unterhalb des Vertragspreises liegenden Marktpreis bestritten, als sie vorgetragen hat, dass mit der *Änderungsvereinbarung 2011* ein Bezug der vertragsgegenständlichen Wafer zu marktgerechten Preisen sichergestellt worden sei (so etwa Schriftsatz der Klägerin vom 21.03.2012, Seite 11, GA 138). Darüber hinaus ist sie der nach mündlicher Verhandlung in erster Instanz mit nachgelassenem Schriftsatz der Beklagten vom 2. November 2012 erstmals erhobenen Behauptung eines angeblichen Marktpreises von 1,40 €/Stück zum ihr frühest möglichen Zeitpunkt mit Berufungserwiderung vom 29. Mai 2013 (dort Seite 29, GA 658) ausdrücklich entgegengetreten.

(b) Entgegen der Rüge (nunmehr) der Klägerin steht der Zulässigkeit des Beklagtenvorbringens nicht entgegen, dass in erster Instanz als Anlage B 17 völlig andere Unterlagen (nämlich Rechnungsquittungen der Beklagten für Rechnungen der Klägerin aus September/Oktober 2010) als die mit damaligem Schriftsatz der Beklagten vom 2. November 2012 (dort Seite 10, GA 274) ausdrücklich in Bezug genommenen und nunmehr im Berufungsverfahren nebst Übersetzung der Anlage B 17

auch vorgelegten Rechnungen des spanischen Lieferanten *DC Wafers* zu den Akten gereicht worden sind. Die ausdrückliche Bezugnahme der Beklagten im damaligen Schriftsatz auf konkrete Rechnungen der „*DS Wafers S.L. Anlagenkonvolut B 17*“ ließ bereits die versehentliche Vorlage falscher Unterlagen deutlich zutage treten.

(c) Allerdings ist das allein auf 5 aus September und Oktober des Jahres 2011 stammende Rechnungen ein und desselben Lieferanten gestützte Vorbringen der Beklagten nicht geeignet, einen allgemeinen Marktpreis des Jahres 2011 in Höhe von 1,40 € substantiiert darzulegen. Dies gilt in zeitlicher Hinsicht schon aufgrund der – wohl unstreitigen, aber auch aus der Anlage B 37 ersichtlichen – erheblichen Volatilität des Waferstückpreises im Verlauf des Jahres 2011. Um auf dieses Vorbringen die substantiierte Behauptung eines Marktpreises stützen zu können, wäre näherer Vortrag zumindest zur Repräsentativität dieses Lieferanten sowie der in den Rechnungen bescheinigten Einkäufe für den Markt und zur Stabilität bzw. zur Entwicklung der Waferpreise im Jahr 2011 erforderlich gewesen. Zu alledem ergibt sich aus dem Beklagtenvorbringen *nichts*.

(d) Zudem lässt das Beklagtenvorbringen völlig außer Betracht, dass am Absatzmarkt für Solarwafer schon aufgrund seiner Segmentierung (wenn nicht sogar Marktunterscheidung) in Langzeitverträge und Einzelchargenkäufe (Spotmarktgeschäfte) Unterschiede im Preisniveau bestanden.

Auf diesen Aspekt hat die Klägerin bereits erstinstanzlich hingewiesen (so etwa Schriftsatz der Klägerin vom 21.03.2012, Seite 11, GA 138, und Seite 19, GA 146). Aufgrund dessen greift die Verspätungsrüge der Beklagten (Schriftsatz vom 30.04.2013, Seite 19, GA 724) nicht im Hinblick auf das diesbezüglich ergänzende Berufungsvorbringen der Klägerin, dass es sich bei dem – im Übrigen mit Nichtwissen bestrittenen - Stückpreis von 1,40 € offensichtlich um einen Spotmarktpreis handle, der überdies die im streitbefangenen Vertragspreis umfassten Transportkosten nicht berücksichtige (Schriftsatz der Klägerin vom 29.05.2013, Seite 29, GA 658). Die Beklagte hat sich hierzu nicht weiter erklärt. Eine Unterscheidung des Marktes nach Spotpreisen und Langzeitvertragspreisen hat die Beklagte zwar nicht für den relevanten Wafermarkt, aber im Hinblick auf den Silizium-Beschaffungsmarkt vielmehr selbst vorgetragen (Schriftsatz vom 02.11.2012, Seite 3, GA 267); Gründe, dass und warum dies nicht auch für den nachgelagerten Wafermarkt gilt, sind nicht ersichtlich. Den Abschluss eines Langzeitlieferungsvertrages mit *DC Wafers* oder einem anderen Drittlie-

feranten hat die Beklagte selbst nicht behauptet. Ihr Vorbringen, aufgrund der Belieferungsverweigerung der Klägerin ab April 2011 Wafer – sinngemäß: in größeren Mengen – von anderen Lieferanten, „insbesondere von der spanischen Gesellschaft DC Wafers SL“ gekauft zu haben (Berufungsbegründung Seite 13 f., GA 454 f.), spricht unter weiterer Berücksichtigung der seinerzeit noch bestehenden Langzeitvertragsbindung an die Klägerin und der zeitlich kurzfristigen Möglichkeit eines Ersatzbezuges von *DC Wafers* eher für Spotgeschäfte mit diesem Drittlieferanten.

Es ergeben sich weder aus dem Vorbringen der Beklagten noch sonst Anhaltspunkte für die Annahme, dass der *Spotmarktpreis* zwangsläufig stets höher als der Vertragspreis in Langzeitlieferbeziehungen läge. Im Hinblick auf den Silizium-Beschaffungsmarkt ergibt sich aus der von der Beklagten zu den Akten gereichten Anlage B 8 (Prognose für 2008 – 2012 des Durchschnitts-Verkaufspreises für Fotovoltaik) beispielsweise ein erwartetes Absinken des zuvor über dem Vertragspreis liegenden Spotpreises unter das durchschnittliche Vertragspreisniveau ab 2010.

(e) Zweifel an der Richtigkeit des in Höhe von 1,40 € behaupteten Marktpreises ergeben sich schließlich aus der von der Beklagten selbst zu den Akten gereichten Auflistung ihrer Einkäufe in den Jahren 2007 bis 2011 (Anlage B 37). Aus dieser ist nicht nur ersichtlich, dass die Beklagte an *DC Wafers* noch im Juli 2011 einen höheren Stückpreis als die behaupteten 1,40 €, nämlich 1,65 € und 1,70 € zu zahlen hatte. Darüber hinaus ergibt sich aus dieser Anlage für das Jahr 2011 ein deutlich höherer durchschnittlicher (den Umständen nach als Spotpreis zu verstehender) Stückpreis anderer Lieferanten der Beklagten, wie folgender tabellarischen Darstellung zu entnehmen ist:

Zeitraum	Lieferant	Wafer-Größe	Stückpreis
April 2011	DC Wafers	156 x 200	1,72 €
	Swiss Wafers	156 x 200	1,80 €
Juni 2011	DC Wafers	156 x 200	1,72 €
	Renesola	156 x 200	1,69 €
Juli 2011	SIPV	156 x 200	1,57 €
	DC Wafers	156 x 200	1,70 €
		156 x 200	1,65 €
September 2011	DC Wafers	156 x 200	1,40 €

Allein nach dieser eingeschränkten Datengrundlage, deren Repräsentativität für den Markt offen bleibt, belief sich der gemittelte (Spotmarkt-)Stückpreis somit im April auf 1,76 € und im Juni auf 1,71 €, im Juli auf 1,64 €. Dies zeigt überdies auf, dass der von *DC Wafers* im September 2011 verlangte Stückpreis – unabhängig von der Unterscheidung Spot- und Vertragspreis – keine Aussage auf den Zeitraum erlaubt, in welchem die Änderungsvereinbarung abgeschlossen wurde.

(2.2) Aufgrund dieser Sachlage ist ferner kein auffälliges Missverhältnis i.S. einer Überschreitung des obj. Marktwertes um 100 % festzustellen.

Ausgehend von einem – wie ausgeführt, schon nicht erheblich dargelegten – Referenzpreis von 1,40 € wird dieser durch den streitbefangenen Vertragspreis mit 2,79 € um 99 % und mit 2,54 € um 81 % überschritten. Soweit im ersten Fall nahezu eine Verdopplung erreicht ist, genügt dies unter Berücksichtigung der gebotenen Unterscheidung von einerseits Spotpreisen und andererseits Langzeitvertragspreisen nicht, ein auffälliges Missverhältnis darzutun.

Legt man die monatlichen Durchschnittspreise der anderen von der Beklagten im Jahr 2011 in Anspruch genommenen Lieferanten zugrunde, überschreitet der streitbefangene Vertragspreis von 2,79 € bzw. 2,54 € diese im April 2011 um rund 59 % bzw. rund 44 %, im Juni 2011 um ca. 63 % bzw. ca. 49 % und im Juli um etwa 70 % bzw. etwa 55 %. Auch insoweit ist bei der Beurteilung des Überschreitungsgrades wieder zu berücksichtigen, dass die Vergleichspreise sich als Spotpreise mit einem wohlmöglich niedrigerem Preisniveau als Langzeitvertragspreise darstellen. In Anbetracht all dessen ergibt sich auch hieraus nichts für ein die Sittenwidrigkeit begründendes auffälliges Missverhältnis.

(2.3) Auf der Grundlage des erstinstanzlich von der Beklagten ebenfalls behaupteten Marktpreises im ersten Quartal 2011 von 2,55 € pro Stück Wafer ergibt sich erst recht kein auffälliges Missverhältnis. Der durch die Änderungsvereinbarung aus Dezember 2010/ Januar 2011 festgelegte Vertragspreis liegt im Hinblick auf die unter *MoU II* zusammengefassten Verträge mit 2,79 € lediglich etwa 9 % über und hinsichtlich des – den größeren Lieferumfang darstellenden – Vertrages *MoU III* mit 2,54 € sogar leicht unter dem so zugrunde gelegten Referenzwert.

bb) Für ihre weitere Behauptung einer diskriminierenden Preisdifferenzierung hat die Beklagte keine auch nur ansatzweise tragfähigen Anhaltspunkte vorgetragen. Sie stützt ihr Vorbringen, die Klägerin habe von ihr höhere Stückpreise als von anderen Abnehmern gefordert, ausschließlich auf die aus der Anlage B 2 („Lage Anzahlungen an DS“) ersichtlichen unterschiedlichen Preise, die sie – die Beklagte – selbst im Jahr 2009 einerseits für Lieferungen im Rahmen der streitbefangenen Lieferverträge mit einer Spannbreite zwischen 2,42 € und 4,37 € und andererseits für außervertragliche („EXTRA CONTRATTO“) Lieferungen in Höhe von 2,00 € an die Klägerin gezahlt habe. Dieses Vorbringen lässt wiederum eine Auseinandersetzung mit dem gegnerischen Vorbringen zu einem unterschiedlichen Preisniveau zwischen einerseits Langzeitvertragspreisen und andererseits Spotpreisen, um die es sich bei dem in der Anlage B 2 als „außervertraglich“ bezeichneten Preis ganz offensichtlich handelt, vermissen. Die Beklagte hat selbst noch nicht einmal behauptet, dass es sich bei diesem außervertraglichen Preis um einen im Rahmen eines (weiteren) Langzeitliefervertrages mit der Klägerin vereinbarten Preis handele. „Außervertraglich“ kann unter Berücksichtigung aller diesbezüglich ersichtlichen Umstände nur dahin verstanden werden, dass es sich bei diesen Waferbezügen um gegenüber den streitbefangenen Verträgen zusätzliche Spotgeschäfte mit der Klägerin handelte. Nach alledem besagen diese Preise nichts darüber, welche Langzeitvertragspreise die Klägerin mit anderen Abnehmern vereinbarte.

cc) Ist das Rechtsgeschäft durch die Ausnutzung einer wirtschaftlichen Zwangslage des anderen Teils zustande gekommen, kann § 138 Abs. 1 BGB bei Hinzutreten weiterer sittenwidriger Umstände anwendbar sein (*Ellenberger in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 138 Rn. 35*). Aber auch dies hat die Beklagte nicht substantiiert dargetan.

(1) Es begegnet bereits durchgreifenden Bedenken, ob das Vorbringen der Beklagten die Annahme ihrer wirtschaftlichen Zwangslage, die einen zwingenden Bedarf nach einer bestimmten Leistung oder das Drohen eines schweren Nachteils ohne diese Leistung voraussetzt (vgl. *Ellenberger, a.a.O., § 138 Rn. 70 m.w.N.*), trägt.

Die Beklagte begründet ihre angebliche Zwangslage damit, dass in den Jahren 2006 und 2007 ausschließlich die Klägerin in der Lage gewesen sei, eine ausreichende Belieferung der Beklagten in den von ihr für den künftigen Zeitraum nachge-

fragten Mengen zu gewährleisten, so dass sie – die Beklagte – gezwungen gewesen sei, mit der Klägerin zu deren Bedingungen zu kontrahieren.

Dass der Bedarf anderweitig nicht zu befriedigen ist, begründet für sich genommen noch keine Zwangslage i.S. von § 138 BGB. Entscheidend ist vielmehr, dass dem Betroffenen ohne die Bedarfsdeckung schwere wirtschaftliche Nachteile drohen. Dies erfordert stets die Gefährdung von Bestehendem; demgegenüber reicht es nicht, dass ohne die begehrte Leistung bloße Zukunftspläne scheitern würden (vgl. BGH, Urteil vom 08.02.1994 – XI ZR 77/93, NJW 1994, 1275-1276, zitiert nach juris Rz. 15 m.w.N.). Eben um eine solche bloß zukunftsgerichtete Geschäftsplanung ging es indes im Fall der Beklagten. Sie suchte seinerzeit einen Lieferanten, der eine hinreichende Leistungsfähigkeit vor allem im Hinblick auf einen beabsichtigten Kapazitätenausbau der Beklagten mit der für 2009 bis 2012 geplanten Installation der II., III. und IV. Produktionslinie gewährleisten würde. Dies ergibt sich bei verständiger Würdigung des diesbezüglichen Beklagtenvorbringens unter Berücksichtigung insbesondere des Inhalts der Protokolle zur Gesellschafterversammlung vom 15. Dezember 2006 (Anlage B 19) und 21. Mai 2007 (Anlage B 23) sowie der Dokumente „[REDACTED] DIE ERSTEN ERGEBNISSE“ (Anlagen B 35 und B 36) und schließlich des unwidersprochenen Klägervortrags zu den Plänen der Beklagten zu einem Kapazitätenausbau auf 300 MW bis 2012.

Dass diese Planung nicht ohne schwere wirtschaftliche Nachteile zu ändern war, ergibt sich aus dem Beklagtenvorbringen nicht. Insbesondere lässt das Vorbringen der Beklagten – was zudem bereits das Fehlen einer anderweitigen Bedarfsdeckung in Frage stellt – eine nachvollziehbare Darlegung vermissen, dass und warum der Bedarf der Beklagten nicht auf verschiedene kleinere Waferhersteller, die es – wie im Zusammenhang mit der Marktsituation erläutert – gab, gestreut werden konnte. Ebenfalls offen lässt das Beklagtenvorbringen, aus welchen Gründen letztlich die Vertragsverhandlungen zwischen der Beklagten und dem – im Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 15. Dezember 2006 (Anlage B 19 – Übersetzung Bl. 3) als „Koloss“ bezeichneten – japanischen Waferproduzenten *SETEK* scheiterten; soweit die Beklagte hierzu anführt, das Angebot von *SETEK* habe von Rohstoffknappheit gezeugt sowie keine regelmäßigen und zufriedenstellenden Lieferungen garantiert (Berufungsbegründung Seite 26, GA 467), hat sie dies ausdrücklich auf das Angebot von *SETEK* vom 7. Februar 2007 (Anlage B 39) bezogen, welches lediglich Lieferun-

gen bis Juni 2008 zum Gegenstand hatte und hinsichtlich des Zeitraums danach auf weitere Vertragsverhandlungen verwies; im Übrigen hat die Beklagte diesbezüglich vorgetragen, der Vertragsschluss mit der Klägerin im Mai 2007 sei „wegen der auf ‘verschiedenen Mentalitäten und Unternehmenskulturen beruhenden’, trägen Verhandlungen mit der japanischen Gesellschaft SETEK erforderlich geworden“ (Berufungsbegründung Seite 26, GA 467), womit nicht ohne Weiteres eine Beschränkung der Bedarfsdeckung allein auf die Klägerin dargetan ist.

(2) Das Beklagtenvorbringen, ihr sei – entgegen der klägerischen Behauptung eines Aushandelns der Vertragskonditionen – keine Freiheit zum Verhandeln der Vertragsinhalte zugestanden worden, bleibt pauschal. Die Beklagte selbst hat nichts von Substanz zum Verlauf der Vertragsverhandlungen mit der Klägerin vorgetragen. Sie hat noch nicht einmal dargetan, ob und zu welchen Vertragspunkten konkrete abweichende Vorstellungen bei ihr bestanden und welche Verhandlungsbemühungen sie diesbezüglich aufbrachte. Es ergeben sich auch sonst keine Indizien für eine solch überragende Stellung der Klägerin in den Vertragsverhandlungen mit der Beklagten, aufgrund derer sie den Vertragsinhalt gleichermaßen widerstandslos zu diktieren vermocht hätte; der insoweit von der Beklagten einzig bemühte Gesichtspunkt einer marktbeherrschenden Stellung der Klägerin greift – wie im Einzelnen bereits erläutert – nicht durch.

dd) Schließlich trägt das Beklagtenvorbringen auch nicht die Annahme eines Knebelungsvertrages.

Nicht jede aus den Vertragsbedingungen resultierende Einschränkung der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit verstößt gegen § 138 BGB. Sittenwidrig ist ein Vertrag aber dann, wenn ein Vertragspartner seine wirtschaftliche Handlungsfreiheit und freie Selbstbestimmung ganz oder nahezu vollständig einbüßt (vgl. *Ellenberger* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 138 Rn. 39 m.w.N.). Ein solches Beschränkungsmaß durch die streitbefangenen Lieferverträge hat die Beklagte auch nicht im Ansatz aufgezeigt:

(1) Die streitbefangenen Lieferverträge treffen keinerlei Regelungen im Hinblick auf die Art und Weise der gewerblichen Verwertung der Wafer durch die Beklagte oder deren Geschäftspolitik bzw. Geschäftsstrategie als Produzentin und Ver-

treiberin von Solarzellen. Insoweit erfährt die Beklagte keine Beschränkung ihrer wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten.

(2) Eine somit nur in Betracht zu ziehende Knebelung im Bezug der Wafer ist ebenfalls nicht ersichtlich.

Die streitbefangenen Lieferverträge haben in ihrer Kumulation – wie im Einzelnen bereits unter den kartellrechtlichen Gesichtspunkten ausgeführt – keine Alleinbezugsverpflichtung der Beklagten zum Gegenstand.

Wie bereits erläutert, resultiert die Einschränkung darin, die vertragsgegenständlichen Wafermengen von der Klägerin abnehmen zu müssen anstatt einen anderen Lieferanten hierfür zu wählen, nicht – wie die Beklagte meint – aus der Take-or-pay-Regelung im Vertrag, sondern schon aus dem Abschluss des Vertrages mit der gesetzlichen Abnahmepflicht nach §§ 651, 433 Abs. 2 BGB. Schon aufgrund dessen besteht ohnehin keine weiter beschränkbare Entscheidungsfreiheit des Käufers, die vertraglichen Liefermengen abzurufen oder nicht abzurufen.

Soweit die Beklagte die Unangemessenheit einzelner, sich als Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellender Vertragsbestimmungen rügt, hat die Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB gegenüber § 138 BGB grundsätzlich Vorrang (*Ellenberger* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 138 Rn. 16). Da die AGB-rechtliche Beurteilung der streitbefangenen Verträge nach der vom Vorrang umfassten Regelung des § 306 BGB zu einer veränderten Vertragslage führt [s.o. Punkt d)], ist diese zugrunde zu legen und kann die Nichtigkeitsfolge des § 138 daneben nicht im Hinblick auf die ursprüngliche Vertragsfassung gestützt werden. Anhaltspunkte dafür, dass der so zugrunde zu legende Vertragsinhalt eine dennoch zur Anwendung des § 138 BGB führende höchst einseitig geprägte Vertragslage, in welcher nur die Rechte des einen Teils durchgesetzt, die des anderen dagegen missachtet werden (vgl. hierzu *Ellenberger*, a.a.O. m.w.N.), sind nicht ersichtlich.

Schließlich begründet auch die – ohne jegliche Verlängerungsklausel – auf acht (*MoU III*) bzw. zehn (*MoU II*) noch unbedenklich befristete Vertragslaufzeit weder für sich genommen noch unter Berücksichtigung des gesamten – sich nach bereits erläuterter Ergänzung gemäß § 306 Abs. 2 BGB darstellenden – Vertragsinhalts

die Annahme, dass die Beklagte sich aufgrund des Vertrages gleichsam in die Hand der Klägerin begeben hätte.

4. Hinsichtlich der Höhe der mithin wirksam entstandenen Kaufpreisansprüche der Klägerin gegen die Beklagte unterliegen die streitbefangenen Lieferverträge *keinem* berechtigten Anspruch nunmehr der Beklagten gegen die Klägerin aus § 313 BGB auf eine gegenüber der *Änderungsvereinbarung 2011* weiterreichende Preisreduzierung.

a) Die Regelung des § 313 BGB ermöglicht als gesetzliche Ausformung des Gedankens von Treu und Glauben eine Anpassung des Vertragsinhalts unter der - im Zweifel eng auszulegenden (*Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 313 Rn. 1) - Voraussetzung, dass sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, nach dessen Abschluss schwerwiegend verändert haben.

Geschäftsgrundlage in diesem Sinne sind zum einen die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen der Vertragsparteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut (sog. subjektive Geschäftsgrundlage; st. Rspr. – vgl. statt vieler BGH, Urteil vom 08.02.2006 – VIII ZR 304/04, NJW-RR 2006, 1037 – 1039, zitiert nach juris Rz. 8 m.w.N.). Zum anderen zählt hierzu die sogenannte objektive Geschäftsgrundlage, welche diejenigen Umstände und Verhältnisse bilden, deren Vorhandensein oder Fortdauer objektiv erforderlich ist, damit der Vertrag im Sinn der Intentionen beider Vertragsparteien noch als eine sinnvolle Regelung bestehen kann (vgl. *Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 313 Rn. 4).

Nach eindeutigen Normwortlaut rechtfertigt nur eine schwerwiegende Änderung solcher zur subjektiven und/oder objektiven Geschäftsgrundlage gewordenen Umstände eine Vertragsanpassung. Hiervon ist nur dann auszugehen, wenn der von der Veränderung nachteilig betroffenen Partei die unveränderte Vertragserfüllung nicht mehr zugemutet werden kann. Dies setzt voraus, dass das Festhalten am Vertrag nach umfassender Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller Umstände

sowie der sich aus dem Vertrag oder der sich unter normativen Gesichtspunkten ergebenden Risikoverteilung zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Ergebnissen führen würde (vgl. *Grüneberg*, a.a.O., § 313 Rn. 19 - 24).

Die Beweislast sowohl für die Zugehörigkeit eines Umstands zur Geschäftsgrundlage als auch für deren Störung trägt diejenige Partei, die sich im Prozess – wie vorliegend die Beklagte - auf sie beruft (vgl. *Grüneberg*, a.a.O., § 313 Rn. 43 m.w.N.).

b) Gemessen an diesen Rechtsgrundsätzen besteht kein gegenüber der mit *Änderungsvereinbarung 2011* vorgenommenen Preisreduzierung weitergehender Vertragsanpassungsanspruch der Beklagten.

aa) Soweit die Beklagte ihr Anpassungsbegehren auf einen – an sich zwischen den Parteien außer Streit stehenden – Verfall der Marktpreise für den Rohstoff Silizium und daraus produzierter Solarwafer stützt, ist dem ungeachtet der Frage, ob diese Umstände einen Vertragsanpassungsanspruch der Beklagten nach Maßgabe des § 313 BGB überhaupt zu begründen vermögen, durch die mit *Änderungsvereinbarung 2011* zwischen den Parteien vereinbarte Preisreduzierung schon hinreichend Rechnung getragen worden, so dass jedenfalls ein Festhalten am so modifizierten Vertrag nicht unzumutbar ist.

(1) Unter dem Gesichtspunkt des Preisverfalls hat die Beklagte eine nachträgliche Störung des bei jeweiligem Vertragsabschluss in den Jahren 2006 und 2007 von beiden Parteien gemeinsam zugrunde gelegten Äquivalenzverhältnisses zwischen Leistung (Lieferung) und Gegenleistung (Vertragspreis) geltend gemacht. Ausdrücklich hat die Beklagte hierzu ausgeführt (Berufungsbegründung Seite 38, GA 479):

„Die wesentlichen Vorstellungen, die zur Geschäftsgrundlage geworden sind, haben sich als falsch herausgestellt. Grundlage des Vertrages war der bestehende Marktpreis für Wafer und dass sich dieser nicht wesentlich ändert. Die Parteien sind insofern davon ausgegangen, dass der Siliziumpreis ca. 1 \$/Kg pro Jahr sinken würde ... Diese Siliziumpreise waren Grundlage für die zu bestimmenden Waferpreise in den Jahren 2009 – 2018. Der Siliziumpreis ist jedoch ab 2009 nicht mehr um 1 \$/Kg/jahr gesunken, sondern um mehr als 50 %. Die Preise sind somit auf dem freien Markt völlig zusammengebrochen.

Einen solchen Verlauf haben die Parteien bei Vertragsschluss nicht vorgesehen.“

Bei verständiger Würdigung dieses Vorbringens ist Ausgangspunkt der geltend gemachten Äquivalenzstörung nicht der Rohstoffpreis für Silizium und dessen spätere Entwicklung, so dass die Beklagte nicht lediglich die in der jeweiligen Vertragsziffer 4. festgehaltene, sich nachträglich aber als unzutreffend erweisende gemeinsame Vermutung der Rohstoffpreisentwicklung als Variable der vertraglichen Preisanpassungsformeln korrigiert sehen will. Geschäftsgrundlage soll hiernach vielmehr die Ausrichtung des Vertragspreises am *Marktpreis für Solarwafer* gewesen sein, für den der Rohstoffpreis nur eine bestimmende Einflussgröße gewesen sei. Weil die streitgegenständlichen Verträge keine Preisanpassungsregelung vorsähen, welche (insbesondere) dem bei Vertragsschluss im später tatsächlich eingetretenen Ausmaß so nicht bedachten Preissturz des Siliziums angemessen Rechnung tragen könne, komme es zu einer Äquivalenzstörung dergestalt, dass der Vertragspreis seinen bei Vertragsabschluss von den Parteien gemeinsam intendierten Bezug zum Marktpreis ab 2009 zunehmend verloren und eine von dessen deflationären Entwicklung völlig gelösten Verlauf genommen habe, so dass er übermäßig überteuert geworden sei. Dieses Verständnis findet im erstinstanzlichen Vorbringen der Beklagten beispielsweise darin Ausdruck, dass die Beklagte, hätte sie bei Vertragsschluss „geahnt, dass die Preise schon zwei Jahre nach Vertragsabschluss einstürzen würden, ... offensichtlich kein Interesse an einer Versorgung gehabt“ hätte, „welche ... die Beklagte für mehrere Jahre an völlig marktfremde Preise fesseln würde“ (Klageerwiderung Seite 28, GA 97); darüber hinaus hat sie vorgetragen, dass die „nunmehr geltenden Rohstoffpreise ... die für die Beklagte vertraglich geltenden Waferpreise unverhältnismäßig überteuert gegenüber dem auf dem freien Markt zu erzielenden Waferpreis“ gemacht hätten (Schriftsatz der Beklagten vom 02.11.2012, Seite 3, GA 267).

Erkennbares Ziel des so zu verstehenden Vorbringens ist eine völlige Neuregelung der Preisanpassungsbestimmungen in der jeweiligen Vertragsziffer 4., die – wie die Beklagte es gefordert hat (Berufungsbegründung Seite 38 f., GA 479 f.) – einem allgemein gültigen, gegenüber volatilen Marktpreisschwankungen über die gesamte Vertragslaufzeit Rechtssicherheit gewährleistenden Inhalt aufweisen soll. Unter Berücksichtigung des erstinstanzlichen Beklagtenvorbringens, etwa dass „die

von der Klägerin in Rechnung gestellten ... Beträge für die gelieferten Wafer nach den tatsächlichen Marktpreisen im ersten Quartal des Jahres 2011 ... anzupassen und entsprechend neu zu berechnen sind" (Klageerwiderung Seite 31, GA 100), ist dieses Ziel dahin zu verstehen, dass eine Vertragsanpassung in Gestalt einer Kopplung an das Marktpreisniveau für Wafer verlangt wird.

(2) Im Streitfall kann es auf sich beruhen, ob irgendeine – von der Beklagten inhaltlich nicht näher erläuterte - Korrelation zwischen Vertragspreis und Marktpreis für Solarwafer Geschäftsgrundlage der streitbefangenen Lieferverträge und der davon umfassten Preis- und Preisanpassungsvereinbarungen geworden ist. Diesbezügliche Zweifel ergeben sich allerdings gerade daraus, dass die Lieferverträge *MoU II* und *MoU III* eine Preisanpassungsregelung enthalten. Was Vertragsinhalt ist, kann nicht Geschäftsgrundlage sein (*Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 313 Rn. 10). Ob und mit welchem Inhalt der Vertragsinhalt einer Anpassung an veränderte Umstände bedarf, beurteilt sich nicht nach § 313 BGB, sondern nach den gegenüber dieser Vorschrift vorrangigen Regeln der ergänzenden Vertragsauslegung (vgl. BGH, Urteil vom 24.01.2008 – III ZR 79/07, NJW-RR 2008, 562 – 564, zitiert nach juris Rz. 12; vgl. ferner BGH, Urteil vom 27.09.1991 – V ZR 191/90, NJW-RR 1992, 182-183, zitiert nach juris Rz. 16). Offen bleiben kann in diesem Zusammenhang vorliegend auch, inwiefern die vertragliche Preisanpassungsregelung, wie die Beklagte vorgebracht hat, einer deflationären Entwicklung des Siliziumpreises nicht mehr Rechnung zu tragen vermag und deshalb – ob nun nach § 313 BGB oder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung – ergänzungsbedürftig sei. Ohne Weiteres erschließt sich dies indes nicht. Die vertragliche Preisanpassungsregelung in der jeweiligen Vertragsziffer 4. bestimmt den Anteil des erkennbar als Preisbemessungsfaktor vereinbarten Rohstoffpreises in der Kalkulation des Vertragspreises; ausgehend hiervon legt sie konkrete Berechnungsformeln fest, die – wie schon die in die Verträge ausdrücklich aufgenommene gemeinsame Erwartung der Parteien zur Entwicklung des Rohstoffpreises aufzeigt – insbesondere eine Vertragspreisherabsetzung wegen – ausdrücklich erwartetem – Absinken der Siliziumpreise während der langfristigen Vertragsdauer ermöglichen soll. Hierbei weisen die vertraglichen Berechnungsformeln nur zwei Variablen, nämlich den Preis pro Kilogramm Silizium in US-Dollar und den Wechselkurs US-Dollar/Euro auf, so dass im Grundsatz jede effektive, d.h. durch Wertverluste des Euros gegenüber dem US-Dollar nicht nivellierte nominelle Absenkung des US-Dollar-Preises für Silizium unter Anwendung der vertraglichen Berech-

nungsformeln entgegen dem (zumindest den Lieferverträge *MoU II* zu entnehmenden) Klauselwortlaut und entgegen der im Prozess unterbreiteten Vertragsverständnis der Beklagten nicht zu einer Erhöhung, sondern zu einer entsprechenden Herabsetzung des vertraglichen Wafer-Stückpreises führen müsste.

Dies alles kann im Streitfall dahingestellt bleiben. Denn dem erläuterten Anpassungsbegehren der Beklagten ist im Hinblick auf die dem Klageanspruch zugrunde liegenden Lieferungen des ersten Quartals 2011 in jedem Fall durch die zwischen den Parteien zustande gekommene *Änderungsvereinbarung 2011* angemessen Rechnung getragen worden, indem hiermit die begehrte Anpassung des Vertragspreises an das in diesem Zeitraum bestehende Marktpreisniveau in einem unter Berücksichtigung der beiderseitigen Vertragsinteressen hinreichendem Umfang vollzogen wurde.

(2.1) Die *Änderungsvereinbarung* ist das geeignete Mittel, einem nach § 313 BGB eventuell berechtigten Anpassungsbegehren der Beklagten Rechnung zu tragen. Der Inhalt der nach § 313 BGB vorzunehmenden Vertragsanpassung unterliegt in den Grenzen von Treu und Glauben der Disposition der Vertragsparteien. Denn die Vertragsanpassung tritt – wie bereits ausgeführt – nicht kraft Gesetzes ein, sondern ist grundsätzlich durch die Vertragsparteien im Verhandlungswege gemeinsam auszugestalten (vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, Seite 176; vgl. ferner BGH, Urteil vom 30.09.2011 – V ZR 17/11, BGHZ 191, 139-150, zitiert nach juris Rz. 33).

(2.2) Die mit *Änderungsvereinbarung 2011* gegenüber den ursprünglichen Vertragsfassungen vorgenommene Reduzierung der Stückpreise diene auch dazu, der Marktpreisentwicklung Rechnung zu tragen. Entgegen dem Vorbringen der Beklagten beschränkte sich die mit der *Änderungsvereinbarung 2011* vorgenommene Preisreduzierung nicht auf die in den jeweiligen Liefervertragszusätzen vorgesehene Preisherabsetzung wegen Dichtenreduzierung. Die Festlegung eines Stückpreises von 2,79 € anstatt ursprünglich vereinbarter 4,36 € (*MoU II*) sowie eines Stückpreises von 2,54 € anstatt ursprünglich vereinbarter 4,05 € (*MoU III*) entspricht einer Preissenkung um rund 36 % bzw. 37 %. In diesem Umfang ist eine Preissenkung zu Beginn des dritten Lieferjahres nicht allein durch eine im Falle der Dichtenreduzierung vorgesehene Preisherabsetzung um 3 % nachvollziehbar zu erklären. Eine entsprechende Dichtenreduzierung der unter Geltung der *Änderungsvereinbarung* geliefer-

ten Wafer um mehr als das Zehnfache hat die Beklagte auch nicht behauptet. Überdies weist das als Anlage B 9 zu den Akten gereichte undatierte Schreiben der Klägerin darauf hin, dass bereits für das erste Lieferjahr 2009 von den ursprünglichen Vertragskonditionen preislich nach unten abweichende „Sonderkonditionen“ galten, was unter Berücksichtigung des gesamten Sach- und Streitstandes nur mit der seinerzeit bereits deflationären Marktpreisentwicklung erklärt werden kann. Dies wiederum indiziert, dass die in der *Änderungsvereinbarung 2011* festgelegten Preise ebenfalls diesem Umstand Rechnung tragen sollten.

(2.3) Die durch die *Änderungsvereinbarung 2011* neu festgesetzten Stückpreise entsprechen dem seinerzeitigen Marktpreisniveau für Solarwafer.

(2.3.1) Die Beklagte hat – ohne dass die Klägerin dem insoweit in verfahrensrechtlich beachtlicher Weise entgegengetreten ist – vorgetragen, dass der Marktpreis für Wafer im ersten Quartal 2011 (in welches das Zustandekommen der *Änderungsvereinbarung 2011* vom 28. Dezember 2010 / 14. Januar 2011 fiel) *durchschnittlich* 2,55 € pro Stück betrug (Klageerwiderung Seite 32, GA 101). Hiervon ist für die Entscheidung auszugehen.

Soweit die Beklagte im weiteren Verlauf des Verfahrens hiervon abweichend einen *im Jahr 2011 auf dem Markt zu erzielenden Waferstückpreis von 1,40 €* behauptet hat, ist dies – wie im Einzelnen bereits zur Frage eines Preiswuchers i.S. von § 138 BGB ausgeführt – verfahrensrechtlich unerheblich. Diese – klägerseits ausdrücklich bestrittene - Behauptung der Beklagten steht nicht nur in einem unauflösbaren Widerspruch zu ihrem vorgenannten Vorbringen. Sie entbehrt darüber hinaus insbesondere auch deshalb der nachvollziehbaren Darlegung eines *allgemeinen Marktpreises*, weil die Beklagte ihr diesbezügliches Vorbringen allein auf Wafereinkäufe bei ein und demselben Lieferanten im eng umgrenzten Zeitraum September/Oktober 2011 stützt (Schriftsatz der Beklagten vom 02.11.2012, Seite 10, GA 274 i.V.m. Anlagenkonvolut B 17), ohne auch nur ansatzweise eine Repräsentativität dieses mit einem einzigen Lieferanten vereinbarten Preises für den Markt und das Jahr 2011 plausibel darzutun. Dies gilt erst recht unter Berücksichtigung dessen, dass es sich bei dem mit 1,40 € behaupteten Stückpreis offenkundig um einen Spotmarktpreis handelt, dem so ohne weiteres kein Aussagegehalt im Hinblick auf den für – wie sie hier zu beurteilen sind – Langzeitlieferverträge geltenden Marktpreis

zukommt. Wegen der Einzelheiten wird auf die bereits in Bezug genommenen Ausführungen zur Frage eines Preiswuchers i.S. von § 138 BGB verwiesen.

(2.3.2) Ausgehend von einem durchschnittlichen Marktpreis in Höhe von 2,55 € entsprechen die mit *Änderungsvereinbarung 2011* festgelegten Preise von (jeweils vor Anrechnung des down-payments)

2,79 € pro Stück für Lieferungen in 2011 auf der Grundlage der Lieferverträge *MoU II* bzw.

2,54 € pro Stück für Lieferungen in 2011 auf der Grundlage der Lieferverträge *MoU III*

in jeder Hinsicht dem seinerzeitigen Marktpreisniveau. Dies gilt im Fall des für die Lieferverträge *MoU II* neu festgelegten Vertragspreises, der rund 9 % über dem ausdrücklich als *durchschnittlich* vorgetragenen Marktpreis liegt, schon deshalb, weil sich der Marktpreis als durchschnittlicher Referenzwert einer Bandbreite sowohl unter als auch über diesem Wert liegender Preise versteht und eine Abweichung um lediglich 9 % vom Durchschnittswert nicht auf einen preislichen Ausreißer hinweist. Solches hat die Beklagte auch selbst nicht behauptet. Im Fall des – das überwiegende Gesamtliefervolumen betreffenden – Liefervertrags *MoU III* liegt der mit 2,54 € pro Wafer neu festgelegte Preis sogar unter dem hier zugrunde zu legenden durchschnittlichen Marktpreis.

(2.3.3) Eine das Marktpreisniveau unterschreitende, weitergehende Preisreduzierung war im Streitfall auch nicht aufgrund der Entwicklung des Rohstoffpreises geboten. Zwar fiel der Siliziumpreis – wenn man das diesbezügliche Beklagtenvorbringen als wahr unterstellt – Ende 2010 um mehr als 50 % (Berufungsbegründung Seite 42, GA 483), während die mit der *Änderungsvereinbarung 2011* vollzogene Vertragspreisfestsetzung – wie schon ausgeführt - nur 36 % bzw. 37 % unter den in den Lieferverträgen ursprünglich festgelegten Ausgangspreisen liegt. Die Rohstoffpreisreduzierung musste sich aber nicht zwangsläufig im selben Maße im Vertragspreis niederschlagen. Denn der zwischen den Parteien vereinbarte Vertragspreis ist nicht linear an den Siliziumpreis gekoppelt gewesen. Ausweislich der jeweiligen Vertragsziffer 4. der streitbefangenen Lieferverträge beeinflusste der Siliziumpreis als Preisbildungsfaktor den Vertragspreis nur mit einem bestimmten Anteil, nämlich im Fall der Lieferverträge *MoU II* mit 0,395 und im Fall des *MoU III* mit

0,366. Aufgrund dessen wirkt sich der Preisverfall für Silizium im Vertragspreis nicht im Maße der Beschaffungskostensenkung, sondern anteilig geringer aus.

(2.4) Die Angemessenheit und Hinlänglichkeit der mit *Änderungsvereinbarung 2011* vereinbarten Vertragsanpassung ist auch nicht deshalb in Frage zu stellen, weil der *Änderungsvereinbarung* eine lediglich temporäre, auf das Lieferjahr 2011 beschränkte Geltungsdauer zukam und für das Folgejahr daher eine erneute Anpassungsverhandlung erforderlich war. Unabhängig davon, dass die Beklagte selbst einen allgemein für die gesamte Vertragsdauer konzipierten Anpassungsvorschlag weder im vorliegenden Verfahren unterbreitet noch dessen Unterbreitung in den seinerzeitigen Anpassungsverhandlungen mit der Klägerin behauptet hat, ist eine periodische und zu wiederholende Anpassung *nicht* schlechthin mit § 313 BGB und dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit unvereinbar. Dies gilt erst recht in Anbetracht des Umstandes, dass die von der Beklagten geltend gemachte Änderung der Marktbedingungen, konkret der Preisverfall bzw. die Preisentwicklung, im Zeitpunkt der *Änderungsvereinbarung* nicht abgeschlossen war bzw. sich nicht stabilisiert hatte, sondern auch weiterhin eine stetige Veränderung der Preise (nach unten wie oben) seinerzeit nicht auszuschließen war. Diesbezüglich wird auf die zutreffenden Erwägungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil (Urteilsumdruck Seite 24 f.) verwiesen.

(2.5) Die *Änderungsvereinbarung 2011* begegnet schließlich keinen Wirksamkeitsbedenken. Soweit die Beklagte pauschal behauptet hat, die inhaltlich einseitig von der Klägerin formulierte *Änderungsvereinbarung* auf Verlangen der Klägerin sowie unter dem wirtschaftlichen Druck, auf den Bezug von der Klägerin angewiesen gewesen zu sein, und zur Vermeidung der sonst geltenden ursprünglichen Vertragskonditionen unterzeichnet zu haben, hat sie die Voraussetzungen für eine Nichtigkeitsfolge nach § 138 BGB nicht substantiiert dargetan. Es ist zwar durchaus plausibel, dass die Beklagte sich in der schwächeren Verhandlungsposition befand. Denn wesentlicher Hintergrund wie auch weiterer Gegenstand der *Änderungsvereinbarung* war der erhebliche Zahlungsrückstand der Beklagten zum einen im Hinblick auf zu diesem Zeitpunkt bereits seit mehr als zwei Jahren überfällige Vorauszahlungsteile und zum anderen hinsichtlich Verbindlichkeiten aus laufenden Lieferungen. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus dem – wie bereits ausgeführt – mit der Folge des § 529 Abs. 1 Nr. 1. ZPO vom Landgericht festgestellten Inhalt der *Änderungsvereinbarung*

2011. Hiermit ist indes die Ausnutzung einer wirtschaftlichen Zwangslage der Beklagten auch nicht im Ansatz dargetan. Wie bereits sowohl unter den kartellrechtlichen Gesichtspunkten als auch im Zusammenhang mit der Frage einer Sittenwidrigkeit der Lieferverträge ausgeführt, ergibt sich weder aus dem Beklagtenvorbringen noch sonst irgendein Anhaltspunkt für eine wirtschaftliche Abhängigkeit der Beklagten bzw. ihres Unternehmens von der Klägerin. Für eine sonst überragende Stellung der Klägerin, aufgrund derer sie den Inhalt der Änderungsvereinbarung zu diktieren vermocht und dies auch ausgenutzt hätte, ergeben sich ohne näheres Vorbringen der Beklagten zum Zustandekommen der *Änderungsvereinbarung 2011* keine Anhaltspunkte. Im Gegenteil spricht der Inhalt des im Rahmen des Anlagenkonvolut B 9 zu den Akten gereichten Schreibens der Klägerin vom 8. November 2010 eher gegen die Behauptung eines einseitig diktierten Vereinbarungsinhalts und für ein klägerseits behauptetes Aushandeln; denn wenn die Klägerin in der Lage gewesen sein sollte, den Inhalt der späteren Änderungsvereinbarung von der Beklagten schlicht erzwingen zu können, ist nicht plausibel, dass sie im zeitlich unmittelbaren Vorfeld der Änderungsvereinbarung mit diesem Schreiben noch für das Jahr 2010 eine „Besprechung“ über eine von den ursprünglichen Vertragsbedingungen abweichende Preisregelung und „die offenen fälligen Anzahlungen“ verlangte. Schließlich bleibt offen, worin die Benachteiligung der Beklagten durch den Inhalt der Änderungsvereinbarung liegen soll; die darin festgelegten Stückpreise entsprechen – wie zuvor erläutert – dem Marktpreisniveau und damit gerade dem, was die Beklagte begehrte; inwieweit der übrige vom Landgericht festgestellte Vereinbarungsinhalt eine unangemessene Benachteiligung darstellen soll, hat die Beklagte nicht aufgezeigt. Im Gegenteil zeugt der Umstand, dass Klägerin der Beklagten – wenn zum Teil auch kurzfristig – weitere Nacherfüllungsfristen und im Hinblick auf die damals bereits seit mehr als zwei Jahre fälligen Vorauszahlungsteile sogar eine etwa weitere drei Jahre in die Zukunft reichenden Ratenzahlungsmöglichkeit einräumte, von einem nicht unbedeutenden Entgegenkommen der Klägerin.

(2.6) Das – wie bereits erörtert – aus der Anlage B 39 zu vermutende weitere Absinken der Spotmarktpreise für Wafer ab April 2011 ist nicht entscheidungsrelevant. Im Hinblick auf die *Änderungsvereinbarung 2011* hat die Beklagte einen Vertragsanpassungsanspruch nicht geltend gemacht. Die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB ist indes nicht von Amts wegen, sondern erst auf Einrede im Prozess zu berücksichtigen. Unabhängig davon berührt die Preisentwicklung ab April

2011 nicht die hier im Streit stehenden Kaufpreisansprüche wegen Lieferungen der Klägerin im ersten Quartal 2011.

bb) Soweit die Beklagte ferner auf die „Kappung der staatlichen Förderung“ und einen daraus angeblich resultierenden „Marktzusammenbruch“ in Italien rekurriert (Berufungsbegründung Seite 39 f., GA 480 f.), ist ihr diesbezügliches Vorbringen prozessual nicht erheblich.

(1) Das diesbezügliche Verteidigungsvorbringen begegnet in seiner verfahrensrechtlichen Erheblichkeit bereits insofern durchgreifenden Bedenken, als es *nicht* auf einen bestimmten veränderten Vertragsinhalt gerichtet ist. Aufgrund dessen lässt es insoweit einen der gerichtlichen Feststellung zugänglichen Rechtsfolgeinhalt des geltend gemachten Anpassungsanspruchs vermissen.

(1.1) Rechtsfolge des § 313 BGB ist in erster Linie, dass eine Vertragsanpassung *verlangt* werden kann (Absatz 1). Aufgrund des damit gesetzlich statuierten *Anspruchs auf Vertragsanpassung* (vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, Seite 176) tritt die Vertragsanpassung – anders als nach der bis zum Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 1. Januar 2001 geltenden Rechtslage (vgl. hierzu statt vieler BGH, Urteil vom 19.11.1971 – V ZR 103/69, NJW 1972, 152, zitiert nach juris Rz. 13) – nicht kraft Gesetzes ein (*Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 313 Rn. 41). Der Vertragsanpassungsanspruch aus § 313 BGB verpflichtet vielmehr die durch eine Störung der Geschäftsgrundlage begünstigte Vertragspartei im Sinne einer vertraglichen Mitwirkungspflicht, im Zusammenwirken mit der anderen - anspruchsberechtigten - Partei eine Anpassung des Vertrages herbeizuführen (vgl. BGH, Urteil vom 30.09.2011 – V ZR 17/11, BGHZ 191, 139-150, zitiert nach juris Rz. 33). Da Anpassungsanspruch der benachteiligten Vertragspartei und Mitwirkungspflicht des anderen Vertragsteils somit zwei Seiten desselben Rechts sind, wird die Mitwirkungspflicht durch gerichtliche Geltendmachung des Anpassungsanspruchs durchgesetzt; hierzu muss die benachteiligte Partei regelmäßig eine von ihr formulierte Änderung des Vertrages zum Gegenstand der Klage machen oder aber unmittelbar auf die Leistung klagen, die sich aus der von ihr als angemessen erachteten Vertragsanpassung ergibt (vgl. BGH, a.a.O., zitiert nach juris Rz. 34; vgl. ferner: BGH, Urteil vom 22.12.2004 – VIII ZR 41/04, WuM 2005, 132-134, zitiert nach juris Rz. 26 a.E.; Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-

Drs. 14/6040, Seite 176; vgl. ferner zu der vor der gesetzlichen Kodifikation bestehenden Rechtslage: BGH, Urteil vom 30.03.1984 – V ZR 119/83, BGHZ 91, 32 – 37, zitiert nach juris Rz. 20 m.w.N.).

Nichts anderes kann gelten, wenn – wie im Streitfall – die im Klageweg auf vertragliche Leistung in Anspruch genommene Vertragspartei dem Klageanspruch ihrerseits den Vertragsanpassungsanspruchs aus § 313 BGB entgegenhält. Eben dies entspricht der Rechtsverteidigung der Beklagten gegen die Klageforderung, indem sie geltend macht, der Zahlungsanspruch sei „noch nicht entstanden“, weil ihr – der Beklagten – „ein Anspruch auf Preisanpassung“ (Berufungsbegründung Seite 33, GA 474) „auch auf der Grundlage von § 313 BGB“ zustehe (Berufungsbegründung Seite 37, GA 478), so dass der Zahlungsanspruch „in der geltend gemachten Höhe ... unbegründet“ und noch „anzupassen und entsprechend neu zu berechnen“ sei (Klageerwiderung Seite 31, GA 100). Da die Vertragsanpassung nicht kraft Gesetzes eintritt, ist die geltend gemachte Störung der Geschäftsgrundlage nicht von Amts wegen, sondern auf Einrede der sich dieses Anspruchs berührenden Partei im Prozess zu berücksichtigen (vgl. *Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 313 Rn. 1). Die Einrede dient ebenso wie die klageweise Geltendmachung eines Vertragsanpassungsanspruchs der Durchsetzung der mit dem Anspruch auf Vertragsanpassung korrespondierenden vertraglichen Mitwirkungspflicht des Gläubigers. Ihr prozessuales Ziel liegt daher *nicht* in der nur vorübergehenden Hinderung des mit der Klage verfolgten Anspruchs mit der Folge, dass die Klage als zur Zeit unbegründet abzuweisen und die klagende Partei auf die erneute – je nachdem, ob die beklagte Partei die Vertragsanpassung für ausreichend hält, wohlmöglich wiederum einredebehaftete - gerichtliche Geltendmachung eines dem angepassten Vertrag entsprechenden Klageanspruchs zu verweisen wäre. Vielmehr ist die Einrede des Vertragsanpassungsanspruchs unmittelbar darauf gerichtet, den Klageanspruch mit der Folge seiner Teilabweisung auf das zu beschränken, was sich aus dem nach Auffassung der beklagten Partei angemessen angepassten Vertragsinhalt als Leistungspflicht ergibt. Hierzu muss die den Vertragsanpassungsanspruch geltend machende Prozesspartei indes selbst die Änderung des Vertrages, zu deren Mitwirkung der andere Vertragsteil im Sinne eines optimalen Interessenausgleichs verpflichtet sein soll, formulieren. Das Auffinden der angemessenen Vertragsänderung ist nicht Aufgabe des Gerichts, dessen Tätigkeit insoweit nicht rechtsgestaltender, sondern rechtsfeststellender Natur ist

(vgl. hierzu schon auf der Grundlage der früheren Rechtslage: *Heinrichs* in Palandt, BGB, 60. Aufl., § 242 Rn. 130).

(1.2) Dem wird das Beklagtenvorbringen nur eingeschränkt gerecht.

Soweit die Beklagte den geltend gemachten Vertragsanpassungsanspruch auf einen erheblichen Preisverfall in erster Linie hinsichtlich des Rohstoffs Silizium und dem nachfolgend auch von Solarwafer stützt, bezeichnet ihr Berufungsvorbringen zwar nicht ausdrücklich, welche Preisregelung anstatt der von ihr als unzureichend erachteten *Änderungsvereinbarung 2011* eine angemessene Vertragsanpassung mit insbesondere – wie die Beklagte es gefordert hat (Berufungsbegründung Seite 38 f., GA 479 f.) – einem allgemein gültigen, gegenüber volatilen Marktpreisschwankungen über die gesamte Vertragslaufzeit Rechtssicherheit gewährleistenden Inhalt darstellen soll. Unter Berücksichtigung des erstinstanzlichen Beklagtenvorbringens ist der Einwand – wie bereits ausgeführt - jedoch dahin zu verstehen, dass eine Vertragsanpassung in Gestalt einer Kopplung an den Marktpreis für Wafer verlangt wird.

Demgegenüber lässt das Vorbringen der Beklagten völlig offen, mit welchem Inhalt dem *daneben* geltend gemachten Fortfall der staatlichen Solarenergieförderung in Italien durch die begehrte Vertragsanpassung ihres Erachtens angemessen zu begegnen sei. Der diesbezügliche Vortrag der Beklagten stellt sich auch nicht lediglich als eine Art Hilfsvorbringen zu dem Gesichtspunkt der Marktpreisentwicklung von Solarwafern mit dem Ziel dar, hiermit ebenfalls die Kopplung an den Wafer-Marktpreis zu begründen. Während mit dem Vorbringen zu einer unerwarteten Marktpreisentwicklung die diesbezügliche (angebliche) Erwartung der Vertragsparteien als Bemessungsgrundlage des Vertragspreises angesprochen ist, betrifft die angeblich gemeinsam zugrunde gelegte Erwartung eines im Wesentlichen unveränderten Fortbestands staatlicher Förderprogramme in Italien die Rentabilität der Verträge für die Beklagte. Das Vorbringen der Beklagten lässt völlig offen, warum und wie die geltend gemachte Veränderung der staatlichen Förderung im Hinblick hierauf eine Vertragsanpassung in Gestalt einer Preisreduzierung rechtfertigen soll; wenn die Auftragslage der Beklagten auf ihrem Absatzmarkt – wie die Beklagte behauptet hat - eingebrochen sein sollte, wäre in erster Linie eine Liefermengenreduzierung im Beschaffungsgeschäft, keinesfalls aber allein eine Preisreduzierung nachvollziehbar.

Ohne Formulierung der mit diesem Einwand angestrebten Änderung des Vertrages ist dem Senat weder die Feststellung einer Mitwirkungspflicht der Klägerin im Hinblick auf eine entsprechende Vertragsanpassung noch des sich unter Berücksichtigung dessen – verändert - ergebenden Klageanspruchs möglich. Folge dessen ist, dass dem Einwand *insoweit* keine prozessuale Erheblichkeit zukommt.

(2) Die Erheblichkeit des diesbezüglichen Beklagtenvorbringens begegnet ferner unter Berücksichtigung der damit zugleich vorgetragenen zeitlichen Zusammenhänge durchgreifenden Zweifeln. Denn selbst nach dem Beklagtenvorbringen ist davon auszugehen, dass sich die durch die italienischen Regierung am 3. März 2011 sowie im Mai 2011 – mit welchem konkreten Inhalt auch immer – ergriffenen Maßnahmen frühestens erst ab Mai 2011 und damit in zeitlicher Hinsicht deutlich nach den dem Klageanspruch zugrunde gelegten Lieferungen aus Januar bis einschließlich März 2011 am italienischen Absatzmarkt für Solarzellen auswirkten. Hierauf haben bereits das Landgericht im angefochtenen Urteil (Urteilsdruck Seite 25) und die Klägerin im Rahmen ihrer Berufungserwiderung (dort Seite 5, GA 634, und 31, GA 660) hingewiesen. Nach dem ausdrücklichen Vorbringen der Beklagten

„modifizierte die Regierung“ die zuvor geltenden Einspeichungsvergütungen „durch Gesetzesdekret ... vom 3. März 2011 ... mit sofortiger Wirkung. Gleichzeitig stellte *diese Regierungsmaßnahme* die geltenden Regelungen *ab Juni 2011* grundsätzlich in Frage, mit der Folge, dass der für die Beklagte maßgebliche Markt und die Bestellungen gänzlich stillgelegt wurden. ... Erst im *Mai 2011* wurden die neuen staatlichen Förderregelungen ... verabschiedet, die aber plötzlich die Akteure im Solarmarkt so schlecht gestellt haben, dass *seitdem* nur noch absolute Unsicherheit herrscht ...“ (Schriftsatz vom 02.11.2012, Seite 7, GA 271; Kursivhervorhebungen durch den Senat).

Die nach § 138 ZPO gebotene Darlegung eines konkreten, dieses zeitliche Auseinanderfallen überbrückenden Zusammenhangs, beispielsweise aus der Dauer der Verarbeitung sowie der Art der Absatzstrategie der Beklagten (Langzeitlieferverträge mit ihren Abnehmern oder Spotverkäufe) und die konkrete Entwicklung ihrer Auftragslage, lässt das Beklagtenvorbringen indes vermissen. Soweit die Beklagte diesbezüglich auf eine Lieferverzögerung durch die Klägerin rekurriert und sinngemäß geltend macht, sie – die Beklagte – hätte bei Lieferung der bereits im Jahr 2010 bestellten Wafer im selben Jahr anstatt erst im ersten Quartal 2011 daraus produzierte Solarzellen noch vor dem Markteinbruch absetzen können, berührt dies – die Sub-

stantiierung dieses Vorbringens einmal außen vorgelassen – die Frage eines Ersatzes des Verzögerungsschadens, nicht aber einer rückwirkenden Vertragsanpassung.

(3) Im Streitfall entscheidend ist aber, dass der Fortbestand zum einen der staatlichen Förderung der Solarenergie in Italien und zum anderen der dadurch bewirkten Nachfragebegünstigung keine Geschäftsgrundlage i.S. von § 313 BGB darstellt:

Die staatliche Förderung insbesondere der Endprodukt-Nachfrage stellt sich als wirtschaftliche Rahmenbedingung aller Märkte der Wertschöpfungskette dar. Ihr Einfluss ist hierbei mittelbarer Natur, indem der auf dem Endmarkt tätige Anbieter seine Absatzerwartung sowie die daran orientierte Produktionskapazität und Zulieferbedarf anhand der geförderten Nachfrage kalkuliert und sich dies in Gestalt seiner Nachfrage am vorgeschalteten Beschaffungsmarkt fortsetzt.

Dies vorausgeschickt bildet der Fortbestand einer staatlichen Förderung regelmäßig – und so auch vorliegend – keinen Umstand der objektiven Geschäftsgrundlage. Solange die Endnachfrage und damit der Endverbrauchermarkt – wofür sich im Streitfall nichts ergibt – nicht ausschließlich aufgrund der staatlichen Förderung entsteht und existiert, ist das Vorhandensein und die Fortdauer der staatlichen Förderung, erst recht nicht mit einem bestimmten Inhalt, keine erforderliche Voraussetzung dafür, dass der zwischen auf verschiedenen Stufen der Wertschöpfungskette tätigen Produzenten geschlossene Zulieferungsvertrag als sinnvolle Regelung bestehen kann. Dies gilt auch im Hinblick auf vereinbarte Liefervolumina und Lieferpreise. Kann der weiterverarbeitende Nachfrager, der sich geleitet von einer bestimmten eigenen Absatzerwartung den Bezug hierzu benötigter Vorprodukte am Beschaffungsmarkt auch durch langfristige Lieferverträge sichert, die vereinbarten Liefermengen nicht mehr in einer die Beschaffungskosten deckenden Weise verwerten, weil sich die seine Absatzerwartung tragenden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen mit der Folge eines Nachfragerückgangs zum Schlechteren verändert haben, so stellt dies einen typischen Fall des allein ihm zuzuweisenden Verwendungsrisikos dar. Auch wenn die an einem bestimmten Markt herrschenden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen mittelbar die vorgeschalteten Märkte der Wertschöpfungskette beleben, besteht grundsätzlich keine marktübergreifende Verteilung des sich im Hinblick auf diese Rahmenbedingungen ergebenden Risikos ihres Fortbestands und der Leistungsverwertbarkeit.

Die Beklagte hat ferner nicht plausibel dargetan, dass der Fortbestand der staatlichen Solarenergieförderung in Italien und ihre hierauf gegründete Erwartung eines expandierenden Absatzes von Solarzellen die subjektive Geschäftsgrundlage der Vertragsparteien bildete. Die Annahme, dass dies als eine bei Vertragsschluss bestehende gemeinsame Erwartung oder als für die Klägerin erkennbare einseitige Vorstellung der Beklagten Basis des beiderseitigen Geschäftswillens gewesen sei, findet in dem der Entscheidung zugrunde zu legenden Sachverhalt keine Stütze. Allein die sich in dem als Anlage B 28 vorgelegten Konzernbericht 2006 der Klägerin widerspiegelnde und wohl als marktweit zu unterstellende allgemeine Kenntnis, dass die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen branchenumfassend durch staatliche Fördermaßnahmen in verschiedenen Ländern einschließlich Italien geprägt werden, rechtfertigt noch nicht die Schlussfolgerung, die Vertragsparteien hätten ihren Geschäftswillen auf die Erwartung gegründet, dass dies in Italien auch so bliebe und sich der Bezug der Wafer zu den vereinbarten Konditionen für die Beklagte deshalb auch rentieren werde. Solches findet in den streitbefangenen Lieferverträgen auch nicht ansatzweise Ausdruck. Solches entspricht auch nicht der auf der Hand liegenden Interessenlage der Klägerin: Nichts spricht dafür, dass die Klägerin als Verkäuferin abweichend vom Regelfall der vertraglichen Risikoverteilung das der Beklagten zur Last fallende Verwendungsrisiko mittragen wollte; es entspricht auch nicht dem typischen Interesse eines am Weltmarkt über nationale Wirtschaftsräume hinweg agierenden Verkäufers, am Risiko des Fortbestands nationaler Subventionen an sich und darüber hinaus – worum es hier geht – des Fortbestands konkreter Inhalte nationaler Fördermaßnahmen beteiligt zu werden. Anderes ergibt sich auch nicht aus einer – hier durchaus als naheliegend zu unterstellenden – Kenntnis der Klägerin, dass gerade die Beklagte auf ihrem eigenen Absatzmarkt aufgrund staatlicher Förderungen günstige Rahmenbedingungen genießt und hierauf eine expandierende Absatzerwartung gründet. Dies gilt auch unter Berücksichtigung dessen, dass der Klägerin nach ihrem eigenen Vorbringen die Absicht der relativ neu in den Markt eingetretenen Beklagten zu einer ganz erheblichen Expansion ihrer Produktionskapazitäten auf 300 MW bis zum Jahr 2012 bekannt war. Ohne Hinzutreten aus dem Inhalt der streitbefangenen Lieferverträge selbst ersichtlicher oder sonst den Vertragsschluss begleitender weiterer Anhaltspunkte vermag diese Kenntnislage allein keine maßgebliche Bedeutung der Absatzerwartung der Beklagten (auch) für den Geschäftswillen der Klägerin, die den Umständen nach schlicht ihr Produkt verkaufen

wollte, aufzuzeigen. Nach alledem bleibt es auch unter Berücksichtigung der Rechtsgrundsätze zur subjektiven Geschäftsgrundlage dabei, dass die geltend gemachten Änderung der Rahmenbedingungen allein in das einseitige Verwendungsrisiko der Beklagten fällt und sich ihre enttäuschte Absatzerwartung als nicht im Rahmense des § 313 BGB berücksichtigungsfähiger Kalkulationsirrtum darstellt.

5. Die mithin aus der jeweiligen Vertragsziffer 2. der streitbefangenen Lieferverträge MoU II und MoU III i.V.m. der jeweiligen Vertragsanlage (EXHIBIT) B i.V.m. der Änderungsvereinbarung 2011 i.V.m. §§ 651 Satz 1, 433 Abs. 2 BGB wirksam entstandenen Kaufpreisansprüche der Klägerin gegen die Beklagte sind in Höhe der Klageforderung fällig und durchsetzbar:

a) Die Fälligkeit der Kaufpreisansprüche richtet sich nach der jeweiligen Vertragsziffer 6. Satz 1 der streitbefangenen Lieferverträge.

In der – laut Übersetzung – aus dieser Vertragsbestimmung ersichtlichen Formulierung

„Zahlungsfälligkeit ist 30 Tage ab Rechnungsdatum“

liegt typischerweise die Einräumung eines Zahlungsziels (vgl. *Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 271 Rn. 4). Klauseln, die ein Zahlungsziel einräumen, sind grundsätzlich als eine Leistungszeitbestimmung im Sinne von § 271 Abs. 2 BGB anzusehen (vgl. statt vieler BGH, Urteil vom 01.02.2007 – III ZR 159/06, NJW 2007, 1581-1584, Tz. 17 m.w.N.). Im Streitfall ergeben sich unter Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs aller Vertragsbestimmungen des jeweiligen Liefervertrages und des beiderseitigen Parteivorbringens keine Anhaltspunkte für ein hiervon abweichendes Verständnis. Demnach tritt die Fälligkeit des einzelnen Kaufpreisanspruchs unter den – der Vertragsregelung immanenten - Voraussetzungen der Rechnungserteilung und der Möglichkeit der Beklagten zur Kenntnisnahme vom Rechnungsinhalt am 30. Tag nach dem aus der jeweiligen Rechnung ersichtlichen Ausfertigungsdatum ein. Für die Fristberechnung ist der Tag des Rechnungsausstellungsdatums nach §§ 186, 187 Abs. 2 BGB mitzurechnen. Demgegenüber findet § 193 BGB keine Anwendung, weil mit Fristende keine Handlung vorzunehmen war, sondern eine Rechtswirkung (Fälligkeit) eintreten sollte (vgl. hierzu *Ellenberger* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 193 Rn. 2 m.w.N.).

Im Streitfall steht zwischen den Parteien außer Streit, dass die Klägerin die streitbefangenen Kaufpreisansprüche auf der Grundlage der mit *Änderungsvereinbarung 2011* festgelegten Stückpreise und Vorauszahlungsanrechnungsbeträge (down-payments) durch insgesamt sieben schriftliche Rechnungen abrechnete und die Beklagte diese Rechnungen zeitnah erhielt. Bedenken gegen die rechnerische Richtigkeit der sich nach Abzug des down-payments auf eine Gesamtsumme in Höhe der Klageforderung belaufenden Rechnungen ergeben sich weder aus dem Vorbringen der Beklagten noch sonst.

Unter Beachtung all dessen trat die Fälligkeit der streitgegenständlichen Kaufpreisansprüche wie folgt ein:

Rechnung		fällig seit dem
Nr.	vom	
RG 11 0076	27.01.2011	28.02.2011
RG 11 0091	01.02.2011	04.03.2011
RG 11 0114	07.02.2011	10.03.2011
RG 11 0136	14.02.2011	17.03.2011
RG 11 0166	21.02.2011	24.03.2011
RG 11 0281	25.03.2011	25.04.2011
RG 11 0307	31.03.2011	01.05.2011

b) Die Frage einer Einrede nach § 320 BGB stellt sich im Streitfall schon deshalb nicht, weil die Beklagte ausdrücklich eingeräumt hat, die in den der Klageforderung zugrunde gelegten Rechnungen bezeichneten Liefermengen erhalten zu haben (Klageerwiderung Seite 6, GA 75). In Anbetracht dessen hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung zu Recht zugrunde gelegt, dass in der Rüge, die Klägerin habe im Prozess die diesbezüglichen Lieferscheine nicht vorgelegt, jedenfalls kein erhebliches Bestreiten liegt (Urteilsdruck Seite 20 unten). Soweit die Beklagte ferner gegenüber der Klageforderung ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB wegen eines Schadensersatzanspruchs gegen die Klägerin aus verspäteter Lieferung der 2010 bestellten, aber erst im ersten Quartal 2011 gelieferten Wafermengen geltend macht (Klageerwiderung Seiten 9 und 32 f., GA 78 und 101 f.), hat sie einen ihr zumindest dem Grunde nach zustehenden Schadensersatzanspruch aus §§ 280

Abs. 1 und 2, 286 BGB. auch nicht im Ansatz substantiiert dargetan. Unter anderen lässt ihr pauschales Vorbringen, sie hätte bei Lieferung in 2010 die daraus hergestellten Solarzellen im ersten Quartal 2011 noch gewinnbringend veräußern können (Klageerwiderung Seite 101, GA 101), ohne nähere Darlegung beispielsweise der Dauer der Verarbeitung sowie der Art der Absatzstrategie der Beklagten (Langzeitlieferverträge mit ihren Abnehmern oder Spotverkäufe) und die konkrete Entwicklung ihrer Auftragslage auch nicht ansatzweise die plausible Möglichkeit eines Schadenseintritts erkennen.

6. Die wirksam entstandenen sowie fälligen und durchsetzbaren Kaufpreisanprüche der Klägerin gegen die Beklagte sind ferner durch die verschiedenen Erklärungen des Rücktritts nach § 323 Abs. 1 BGB, die in den Kündigungserklärungen zum einen der Beklagten vom 24. November 2011 und zum anderen der Klägerin vom 22. Dezember 2011 zu sehen sind, nicht untergegangen.

Wie bereits im Rahmen der AGB-Inhaltskontrolle betreffend die Kündigungsklausel im Einzelnen erläutert, handelt es sich bei den streitbefangenen Lieferverträgen *MoU II* und *MoU III* um Sukzessivlieferungsverträge über von vornherein begrenzte Gesamtleistungsmengen. Als solche unterliegen sie nicht den für Dauerschuldverhältnisse geltenden Rechtsgrundsätzen. Dementsprechend wird ein solcher Vertrag, sofern sich ein Partner wegen einer Vertragsverletzung des anderen hinsichtlich der noch nicht erbrachten Leistungen von ihm lösen will, nicht durch Kündigung, sondern durch Rücktritt unter den Voraussetzungen des § 323 BGB beendet (BGH, Urteil vom 05.11.1980 – VIII ZR 232/79, NJW 1981, 679-680, zitiert nach juris Rz. 23 m.w.N.). Denn das für Dauerschuldverhältnisse gesetzlich vorgesehene oder von der Rechtsprechung entwickelte Institut der Kündigung ist nicht das sachgerechte Mittel der Vertragsbeendigung im Falle eines der Leistungsmenge nach begrenzten Sukzessivlieferungsvertrages, der sich vom normalen Kaufvertrag nur durch die Aufspaltung des Leistungsaustausches in mehrere Teilakte unterscheidet (BGH, a.a.O., zitiert nach juris Rz. 24). Allerdings betrifft die Rücktrittserklärung beim bereits teilweise vollzogenen Sukzessivlieferungsvertrag regelmäßig lediglich den noch nicht abgewickelten Vertragsteil (vgl. BGH, Urteil vom 28.03.1979 – VIII ZR 15/78, WM 1979, 674-675, zitiert nach juris Rz. 16), so dass der Rücktritt grundsätzlich nur in die Zukunft wirkt (BGH, Urteil vom 05.11.1980 – VIII ZR 232/79, NJW 1981, 679-680, zitiert nach juris Rz. 23; vgl. ferner *Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., Überbl

v § 311 Rn. 27, der eine – offensichtlich analoge – Anwendung des § 314 BGB für möglich hält).

Angesichts dessen wirken die erkennbar auf die Lösung von den streitbefangenen Lieferverträgen gerichteten wechselseitigen Kündigungserklärungen der Parteien aus November bzw. Dezember 2011 lediglich in die Zukunft. Aus dem zugrunde zu legenden Sach- und Streitstand ergeben sich keine Anhaltspunkte für eine ausnahmsweise Angemessenheit einer Rückgewähr der im vollzogenen Vertragsumfang beiderseits bereits empfangenen Leistungen. Vielmehr ist – schon mangels Ersichtlichkeit eines Rückgabeangebots oder Rückgabewillens der Beklagten – davon auszugehen, dass die bis zum Zeitpunkt der Kündigungen von der Klägerin an die Beklagte ausgelieferten Wafer dem wirtschaftlichen Zweck der Lieferverträge entsprechend von der Beklagten weiterverarbeitet wurden und deshalb eine Rückgabe nicht in Betracht kommt. Infolgedessen lassen die beiderseitigen Rücktrittserklärungen aus November bzw. Dezember 2011 den Bestand der streitgegenständlichen Kaufpreisansprüche für im ersten Quartal 2011 vollzogene Lieferungen unberührt.

7. Die mithin in geltend gemachter Gesamthöhe von 12.888.225,00 € wirksam entstandenen und fälligen Kaufpreisansprüche der Klägerin gegen die Beklagte sind schließlich auch nicht im Wege der im Verfahren erklärten Aufrechnung mit einer Gegenforderung der Beklagten auf Rückgewähr bislang nicht auf Lieferungen in Anrechnung gebrachter Vorauszahlungen erloschen.

a) Soweit die Beklagte sich einer Gegenforderung auf Rückgewähr bislang nicht auf Lieferungen in Anrechnung gebrachter Vorauszahlungen berührt und diesbezüglich scheinbar mit unterschiedlicher Zielrichtung einen Verrechnungswillen zum Ausdruck bringt, ist damit im vorliegenden Verfahren lediglich ein einheitliches Verteidigungsmittel, nämlich eine Hilfsaufrechnung geltend gemacht. Dies ergibt sich unter dessen verständigen Würdigung aus dem Vorbringen der Beklagten in ihrer Klageerwiderung vom 15. Februar 2012 (dort Seite 31 – 33, GA 100 – 102), mit welchem sie unter Zusammenfassung ihres Verteidigungsvorbringens die damit geltend gemachten Verteidigungsmittel geordnet hat.

Mit dem in Bezug genommenen Vorbringen hat die Beklagte die mit ihrer Rechtsverteidigung verfolgte Zielrichtung wie folgt zum Ausdruck gebracht (Klageerwiderung Seite 31, GA 100):

- „1. Der Zahlungsanspruch in der geltend gemachten Höhe ist unbegründet, da die von der Klägerin in Rechnung gestellten ... Beträge für die gelieferten *Wafer* nach den tatsächlichen Marktpreisen im ersten Quartal des Jahres 2011, Zeitpunkt der jeweiligen Lieferungen, anzupassen und entsprechend neu zu berechnen sind....“

Hiernach geht die Beklagte im Ausgangspunkt davon aus, dass die Klage insgesamt als zur Zeit unbegründet abzuweisen sei, weil die Klägerin zunächst einmal – sei es infolge der geltend gemachten Nichtigkeit der Lieferverträge auf bereicherungsrechtlicher Grundlage oder infolge des daneben geltend gemachten Anspruchs auf Vertragsanpassung auf der Grundlage der anzupassenden Lieferverträge - eine neue, den seinerzeitigen Marktpreisen angepasste Abrechnung vornehmen müsse, um eine berechtigte und dann erst fällige und durchsetzbare Zahlungsforderung geltend machen zu können. Demgegenüber eigenständig stellt sich das sodann im Hinblick auf eine vermeintliche Schadenersatzforderung der Beklagten gegen die Klägerin wegen verspäteter Belieferung unter „2.“ ferner geltend gemachte Einrede des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB dar. Unter „3.“ berührt sich die Beklagte sodann einer weiteren Gegenforderung auf Rückgewähr bis zur Beendigung der Lieferverträge nicht auf Lieferungen in Anrechnung gebrachter Vorauszahlungen in Höhe von insgesamt noch 23.110.279,06 €, zu der sie ausführt:

„Da die Verträge nichtig bzw. gekündigt sind, sind die empfangenen Leistungen zurück zu gewähren.“

Die Beklagte verrechnet daher mit ihrer Gegenforderung von 23.110.279,06 Euro, den unter Ziff. 1 noch genau zu ermittelnden Betrag der reduzierten Rechnungsbeträge.“

Der damit zum Ausdruck gebrachte Verrechnungswille versteht sich

(a) – im Fall einer ex-tunc wirkenden Nichtigkeit der Lieferverträge nach Art. 81 Abs. 2 EGV, § 134 BGB i.V.m. Art. 82 EGV, § 306 Abs. 3 BGB oder § 138 BGB – als Saldierungseinwand (Saldotheorie) im Rahmen eines dann nur denkbaren bereicherungsrechtlichen Anspruchs der Klägerin gegen die Beklagte auf Ersatz des Wertes infolge Verbrauchs/Verarbeitung nicht mehr rückgewährbarer gelieferter *Wafer* nach § 818 Abs. 2 BGB bzw.

(b) – im Fall der Anpassung der im Übrigen keine Verrechnungsmöglichkeit vorsehenden Lieferverträge – als Aufrechnungserklärung nach Maßgabe der §§ 387, 388 BGB.

Für einen primären Anwendungsbereich des so verstandenen Verteidigungsmittels besteht im vorliegenden Rechtsstreit indes kein Raum, weil die Beklagte – wie bereits ausgeführt – in erster Linie die Klage mangels korrekter Abrechnung und Fälligkeit sowie aufgrund der Einrede des Zurückbehaltungsrechts für unbegründet und deshalb schon abweisungsreif hält. Verfahrensrechtliche Bedeutung kann die geltend gemachte Verrechnung nur unter der innerprozessualen Bedingung erlangen, dass das Gericht die mit der Klage verfolgte Zahlungsforderung im reduzierten Umfang entweder – im Fall der Vertragsnichtigkeit – unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten oder – im Fall der Vertragsanpassung – aus Vertrag für begründet erachtet. Unter diesem Verständnis deckt sich die auf hilfsweise Verrechnung gerichtete Rechtsverteidigung jedoch mit der unter „4.“ – erkennbar unter der innerprozessualen Bedingung eines Unterliegens der Beklagten mit ihren primären Verteidigungsmitteln – *hilfsweise* begehrten Verrechnungsfolge:

„Hilfsweise wird der bisherige Klageanspruch mit der Gegenforderung der Beklagten verrechnet.“

Aufgrund dessen ist hier lediglich von einem einheitlichen auf Ausgleich gegenläufiger Forderungen gerichtetem Verteidigungsmittel auszugehen, welches unter Berücksichtigung des bisherigen Prüfungsergebnisses als Hilfsaufrechnung zu verstehen ist.

b) Die Hilfsaufrechnung der Beklagten geht ins Leere, weil die damit geltend gemachte und zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung auf Rückgewähr bis zur Beendigung der Lieferverträge nicht auf Lieferungen in Anrechnung gebrachter Vorauszahlungsteile *nicht besteht*.

Einzig in Betracht kommende Anspruchsgrundlage für die begehrte Rückgewähr der Vorauszahlung ist § 346 Abs. 1 BGB. Wie bereits erläutert, handelt es sich bei den streitbefangenen Lieferverträgen um Sukzessivlieferungsverträge über von vornherein festgelegte Liefermengen, deren Auflösung vor Ablauf der Vertragsdauer nicht durch das für Dauerschuldverhältnisse vorgesehene Gestaltungsrecht der Kündigung, sondern durch einen Rücktritt nach § 323 BGB erfolgt. Auf dieses gesetzliche Rücktrittsrecht finden die Vorschriften der §§ 346 ff. BGB mit der Folge Anwen-

dung, dass aufgrund des wirksam erklärten Rücktritts *grundsätzlich* die primären Leistungspflichten erlöschen und das Schuldverhältnis – ex nunc – in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt wird (vgl. BGH, Urteil vom 28.11.2007 – VIII ZR 16/07, NJW 2008, 911 f., zitiert nach juris Rz. 10), in welchem die empfangenen Leistungen nach § 346 Abs. 1 BGB zurückzugewähren sind oder unter den Voraussetzungen des § 346 Abs. 2 BGB Wertersatz zu leisten ist. Im Fall des bereits teilweise vollzogenen Sukzessivlieferungsvertrages beschränkt sich dies *ausnahmsweise* indes – wie ebenfalls bereits ausgeführt – auf den noch nicht abgewickelten Vertrags- teil, so dass im vorliegend zu beurteilenden Fall die als Teilerfüllung empfangenen Vorauszahlungen im Grundsatz zurückzugewähren wären, soweit sie nicht auf bis zum Rücktritt ausgeführte Lieferungsentgelte Anrechnung gefunden haben.

Im Streitfall ist dieser Rückgewähranspruch der Beklagten gegen die Klägerin indes infolge der vertraglichen Verfallsregelung mit dem Inhalt, den sie aufgrund der hier gebotenen ergänzenden Vertragsauslegung hat, ausgeschlossen. Wie schon erläutert, ist die Verfallsklausel in der Vertragsziffer 2. jedes streitbefangenen Liefervertrages zwar nach § 307 BGB unwirksam, jedoch führt ihr Fortfall zu einer ausfüllungsbedürftigen Vertragslücke, die hier im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung dahin zu schließen ist, dass

die Klägerin nach Vertragsabschluss zu einer Rückerstattung geleisteter, aber noch nicht auf Kaufpreisansprüche angerechneter Vorauszahlungsteile nicht verpflichtet ist, wenn und soweit sie nach Maßgabe des § 323 BGB wegen vertragswidrigen Verhaltens des Käufers wirksam vom Vertrag zurücktritt.

Dies ist vorliegend mit der letztlich erst zum Erlöschen künftig noch ausstehender primärer Leistungspflichten führenden Kündigungserklärung der Klägerin vom 22. Dezember 2011, die als Rücktrittserklärung auszulegen ist, der Fall:

aa) Soweit die Beklagte zeitlich früher bereits mit dem an die Klägerin gerichteten Schreiben vom 25. November 2011 ausdrücklich „ihr Kündigungsrecht gemäß §§ 313 und 314 BGB“ ausübte, ging dies ins Leere.

(1) Da die begehrte Vertragsanpassung im Hinblick auf den streitbefangenen Lieferzeitraum (erstes Quartal 2011) – wie schon erläutert – mit zumutbarem und interessengerechten Ergebnis durch die *Änderungsvereinbarung 2011* vollzogen wurde, kann hierauf ein Rücktrittsrecht nach § 313 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht gestützt werden. Ob aufgrund der Marktpreisentwicklung ab April 2011 ein Festhalten an dem

so geänderten Vertrag der Beklagten nicht zugemutet werden konnte und die Beklagte deshalb eine weitergehende Vertragsanpassung bestimmten Inhalts verlangt hat und wie sich die Klägerin dazu gegebenenfalls erklärt hat, ergibt sich weder aus dem Inhalt des vorgenannten Schreibens noch in der gebotenen Substanz aus dem im vorliegenden Verfahren unterbreiteten Vorbringen der Beklagten. Allein die aus dem Beklagtenvorbringen ersichtlichen Anhaltspunkte für ein weiteres Absinken der Spotmarktpreise, die sie von April bis November 2011 an Drittlieferanten entrichtete, erlaubt ohne näheren Vortrag insbesondere zur Entwicklung der seinerzeit für Langzeitverträge geltenden Preise und der Verkehrsüblichkeiten in Bezug auf deren Änderung während laufender Lieferperioden noch nicht die Annahme eines Unzumutbar-Werdens auch der mit *Änderungsvereinbarung 2011* erzielten Preisanpassung; erst recht ergibt sich im Streitfall nichts im Hinblick auf die weiteren Voraussetzungen eines nach § 313 Abs. 3 BGB berechtigten Gestaltungsrechts. Dies geht zu Lasten der Beklagten, der die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der ihre Rücktrittserklärung begründenden Umstände obliegt.

(2) Das mit Schreiben vom 25. November 2011 daneben ausgeübte Kündigungsrecht gemäß § 314 BGB besteht im Fall des Sukzessivliefervertrages mit von vornherein für die Vertragslaufzeit festgelegten Liefermengen nicht. Will man die Gestaltungserklärung der Beklagten in die Erklärung eines Rücktritts nach § 323 BGB umdeuten, besteht kein dessen Wirksamkeit begründender Rücktrittsgrund in Gestalt der Nichterfüllung oder nicht vertragsgemäßen Erfüllung. Der Inhalt des vorerwähnten Schreibens selbst lässt einen solchen Rücktrittsgrund nicht erkennen; die Lösung vom Vertrag wird hiernach ausdrücklich auf die den Rücktritt nach § 323 BGB nicht tragende „Verletzung der Normen des freien Wettbewerbs“, womit die Beklagte auf die unmittelbar vorausgehend geltend gemachte Nichtigkeit der Lieferverträge unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten Bezug nimmt, gestützt. Auch das diesbezügliche Vorbringen der Beklagten im vorliegenden Verfahren zeigt einen Rücktrittsgrund i.S. des § 323 BGB nicht auf. Ausdrücklich hat die Beklagte mit ihrem Berufungsvorbringen die Annahme des Landgerichts, „dass der Kündigungsgrund in der unvollständigen und verzögerten Lieferung der Klägerin liegen würde“, als falsch gescholten und vorgetragen, das ausgeübte Kündigungsrecht aus wichtigem Grund auf die „wesentliche Änderung der Verhältnisse durch den Preissturz des Silizium sowie dem Wegfall der staatlichen Förderung“, ferner die im Hinblick hierauf wegen ihres bloß temporären Charakters unzureichende und daher gescheiterte Vertragsanpassung sowie

die aus all dem resultierende Unzumutbarkeit einer Fortsetzung des Vertragsverhältnisses zu stützen (Berufungsbegründung Seite 41 f., GA 482 f.). Inhaltlich dasselbe hat die Beklagte auch erstinstanzlich zur Berechtigung einer Kündigung nach § 314 BGB vorgetragen (Schriftsatz vom 02.11.2012, Seite 9 – 13, GA 273 – 277).

bb) Demgegenüber ist in der schriftlichen Kündigungserklärung der Klägerin vom 22. Dezember 2011 (Anlage B 39) die berechtigte Erklärung des Rücktritts vom Vertrag nach § 323 BGB zu sehen. Die zum Rücktritt berechtigende Vertragsverletzung in Gestalt der Nichterfüllung bestand hier in jedem Fall in der trotz angemessener Nachfristsetzung bis heute nicht geleisteten streitgegenständlichen Kaufpreiszahlungen in Höhe von 12.888.225,00 €.

Der aus der Übersetzung der Anlage B 39 ersichtliche Inhalt des klägerischen Schreibens vom 22. Dezember 2011 führt die ausbleibende Leistung der streitgegenständlichen Kaufpreiszahlungen zwar nicht ausdrücklich als Kündigungsgrund (richtig: Rücktrittsgrund) an. Indes bezieht sich das Schreiben vom 22. Dezember 2011 bei verständiger Würdigung seines Inhalts mit dem Verweis auf eine (telefonische) Erklärung der Beklagten vom 20. Dezember 2011, den Kaufverpflichtungen nicht mehr nachkommen zu wollen, sowie auf eine erhebliche Nichterfüllung der vertraglichen Vereinbarungen auf die zu diesem Zeitpunkt – nach zugrunde zu legendem Sach- und Streitstand: - einzig offenstehenden streitgegenständlichen Kaufpreiszahlungen. Dies war auch aus dem Empfängerhorizont der Beklagten bei Zugang der Kündigungserklärung ohne weiteres erkennbar, zumal zu fraglichen Zeitpunkt bereits die vorliegende Klage erhoben war.

Die Voraussetzungen des § 323 BGB liegen im Streitfall schon im Hinblick auf die im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung wie auch bisher ausgebliebene Leistung der streitgegenständlichen Kaufpreiszahlungen vor.

(1) Bereits die *Änderungsvereinbarung 2011* hatte – wie schon ausgeführt – erhebliche (anderweitige) Rückstände der Beklagten auf ihre Vorauszahlungspflicht und laufenden Zahlungspflichten zum Hintergrund und Gegenstand. Im Hinblick auf die erst nach Ausgleich des Rückstandes auf Liefervergütungen bis zum 25. Januar 2011 von der Klägerin nachgeholten Lieferungen aus Januar bis einschließlich März 2011 entstanden – wie im Einzelnen bereits ausgeführt – wirksam sowie in gemäß *Änderungsvereinbarung 2011* abgerechneter Höhe von insgesamt 12.888.225,00 €

spätestens seit dem 1. Mai 2011 fällig und durchsetzbar die streitgegenständlichen Kaufpreisansprüche.

(2) Eine in § 323 Abs. 1 BGB vorausgesetzte Nachfristsetzung war im Streitfall nach Maßgabe des Absatzes 2 Nr. 1 der Vorschrift ausnahmsweise entbehrlich. Denn in der – unberechtigten – Kündigung von 25. November 2011 ist eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung auch im Hinblick auf die streitgegenständlichen Kaufpreisansprüche zu erblicken.

Ausdrücklich erklärte die Beklagte hiermit, die streitbefangenen Lieferverträge nebst „Zusatzvereinbarung von Dezember 2010/Januar 2011“ für rechtlich verboten und nichtig zu betrachten sowie sich deshalb „von jetzt an nicht mehr an die Verpflichtungen aus den vier ‚Lieferverträgen‘ und der ‚Zusatzvereinbarung‘ gebunden“ zu sehen. Die Formulierung, *von jetzt an sich nicht mehr an Verpflichtungen aus den Verträgen gebunden zu betrachten*, ist nicht auf eine Erfüllungsverweigerung in Bezug auf künftig erst fällig werdende Vertragspflichten, insbesondere zum Abruf und zur Abnahme vertraglich für die noch ausstehende Vertragsdauer vereinbarter Liefermengen, beschränkt. Das zum Ausdruck kommende zeitliche Moment bezieht sich ebenso nur auf den Zeitpunkt einer Änderung in der Rechtsauffassung und ist unter diesem Gesichtspunkt als Ankündigung zu verstehen, nunmehr eine Bindungswirkung des Vertrages im Hinblick auf jede nach der abgelehnten Vertragslage bereits entstandene oder noch entstehende Vertragspflicht – wie eben die in Rede stehenden Kaufpreiszahlungen für bereits gelieferte Wafermengen – zu verneinen und eine Erfüllung von Vertragspflichten ganz allgemein zu verweigern. Für dieses Verständnis spricht gerade die zur Begründung unterbreitete Rechtsauffassung einer *ex-tunc-Nichtigkeit* der Lieferverträge wegen Verstoßes gegen normative Verbote. Hinzu kommt aus der Sicht der Klägerin, dass diese bereits am 13. Oktober 2011 Klage auf Zahlung der streitgegenständlichen Kaufpreisforderungen erhoben hatte (GA 30), und im Zeitpunkt der in Rede stehenden Äußerung der Beklagten vom 25. November 2011 zwar im gerichtlichen Verfahren eine Verteidigungsanzeige der Beklagten vorlag (GA 25a), jedoch unklar war, wie die Beklagte sich gegen die Klage zu verteidigen beabsichtigte. Unter Berücksichtigung all dessen durfte die Klägerin bei Zugang des gegnerischen Schreibens vom 25. November 2011 davon ausgehen, dass die Beklagte eine wirksame Verpflichtung aus dem Vertrag auch im Hinblick auf bereits von der Klägerin vollzogene Teile des Leistungsaustauschs, konkret hier die in Rede

stehenden Kaufpreiszahlungen für Lieferungen im ersten Quartal 2011, verneint und die Erfüllung deshalb verweigert.

Dies musste auch als diesbezüglich letztes Wort der Beklagten verstanden werden, zumal die im Kündigungsschreiben vom 25. November 2011 von der Beklagten angebotenen Gespräche zu dem Zweck, „nach einer möglichen beiderseitig vorteilhaften Einigung der Streitigkeiten zu suchen“, bei Gesamtschau des Inhalts dieses Kündigungsschreibens sowie aller ersichtlichen Umstände der Klärung nicht einer eventuellen Fortsetzung der Lieferbeziehung, sondern die Abwicklung aufgrund der Vertragsbeendigung aufkommender Streitigkeiten – wie etwa hinsichtlich des zugleich geltend gemachten Anspruchs auf Rückgewähr ihrer Vorauszahlungen – dienen sollten. Darüber hinaus ließ auch das diese Erklärung begleitende Verhalten der Beklagten aus dem Blickwinkel der Klägerin keinen Zweifel an der Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit des unter dem 25. November 2011 erklärten Willens aufkommen; insoweit ergibt sich aus den - inhaltlich von der Beklagten nicht in Abrede gestellten - Ausführungen der Klägerin in wiederum deren Kündigungsschreiben vom 22. Dezember 2011, dass die Beklagte auch im Rahmen der weiteren Korrespondenz und in einem Telefongespräch vom 20. Dezember 2011 „deutlich gemacht“ habe, „ihren Kaufverpflichtungen nach den Lieferungsverträgen nicht mehr nachkommen“ zu wollen. Auch dies beschränkt sich nicht auf die Aussage, *den künftig anfallenden Kaufverpflichtungen nicht mehr nachkommen zu wollen*, sondern besagt nach seinem Wortsinn ebenso, *Vertragspflichten unabhängig davon, ob es sich um bereits entstandene oder noch zur Entstehung kommende Pflichten handelt, künftig nicht mehr nachkommen zu wollen*.

(3) Unabhängig davon ist eine bestimmte und eindeutige Leistungsaufforderung unter angemessener Fristsetzung dem – von der Beklagten selbst mit Schriftsatz vom 2. November 2012 in Kopie als Anlage B 13 (Anlagenheft Bl. 150 f.) sowie in deutscher Übersetzung zu den Akten gereichten - Schreiben der Klägerin vom 6. Juli 2011 zu entnehmen. Bei verständiger Würdigung des Inhalts dieses Schreibens machte die Klägerin hiermit eine Wiederaufnahme ihrer Lieferleistungen im Jahr 2011 (Ziffer 3. des Schreibens) zu den Konditionen der *Änderungsvereinbarung 2011* (Ziffer 2. des Schreibens) außer von der Einigung über eine künftig „vollen Vorauszahlung“ jeder Warenlieferung (Ziffer 4. des Schreibens) ferner davon abhängig, *alle „ausstehenden Zahlungen von insgesamt 12.888.225,00 Euro ... bis spätestens zum 31.07.2011 zu zahlen“*. Dies konnte die Beklagte, zumal die Klägerin nach ihrem un-

widersprochenen Vorbringen seinerzeit anlässlich verschiedener Gespräche mit der Beklagten u.a. auf Geschäftsführerebene wiederholt ausdrücklich zur Zahlung sämtlicher Außenstände aus den streitgegenständlichen Lieferungen im Gesamtbetrag von 12.888.225,00 EUR aufgefordert und auf andernfalls unvermeidliche Konsequenzen hingewiesen hatte (Klageschrift Seite 7, GA 7), nicht anders als unmissverständliche Zahlungsaufforderung unter Fristsetzung verstehen, von deren Erfüllung die Fortsetzung der vertraglichen Lieferbeziehung abhing; für die – von der Beklagten auch nicht ausdrücklich behauptete – Annahme, dies sei lediglich Voraussetzung für weitere Zugeständnisse der Klägerin gewesen, ergibt sich kein greifbarer Anhaltspunkt. Diese Zahlungsaufforderung unter Fristsetzung war auch ohne ausdrückliche Individualisierung der damit angemahnten Rechnungsbeträge inhaltlich hinreichend bestimmt, zumal sie sich ausdrücklich auf *alle* ausstehenden, in der Gesamthöhe umfassend bezifferten Zahlungsrückstände bezog, und diese, nachdem Rückstände auf Liefervergütungen unstreitig bis zum 25. Januar 2011 schon ausgeglichen waren, lediglich im Hinblick auf die streitbefangenen Kaufpreisansprüche in eben dieser Höhe bestanden, so dass der Gegenstand der Zahlungsaufforderung zwischen den Parteien klar war. Bedenken hinsichtlich der Angemessenheit der Fristsetzung bis zum Ende desselben Monats ergeben sich nicht, zumal die Fristsetzung i.S. von § 323 BGB den Schuldner lediglich in die Lage versetzen soll, die bereits in Angriff genommene Leistung zu vollenden (*Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 323 Rn. 14 m.w.N.).

(4) Dennoch leistete die Beklagte die streitgegenständlichen fälligen Kaufpreiszahlungen für die Lieferungen aus Januar bis März 2011 nicht. Dies steht zwischen den Parteien letztlich außer Streit.

Im Rahmen des vom Schuldnerverzug nach § 286 BGB unabhängig geregelten (*Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 323 Rn. 9) § 323 BGB spielt das Vertretenmüssen zwar grundsätzlich keine Rolle (vgl. *Grüneberg*, a.a.O. § 323 Rn. 31). Vorliegend steht jedoch die Frage im Raum, ob die Klägerin mit der Rechtsfolge der im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung an die Stelle der unwirksamen Verfallsklausel tretenden (vertragsstrafenähnlichen) Verfallsregelung wirksam von den Verträgen zurückgetreten ist. Auf diese hinzuzufügende Verfallsregelung finden – wie bereits erläutert (s.o. Gliederungspunkt 3. d) dd) (3.3.3) – die Vorschriften der §§ 339 ff. BGB entsprechende Anwendung, so dass nach § 339

Satz 1 BGB dem Käufer der Entlastungsbeweis gemäß § 286 Abs. 4 BGB offensteht. Dass die streitgegenständlichen Kaufpreiszahlungen aufgrund eines von ihr nicht zu vertretenden Umstandes bis zum Zeitpunkt der klägerischen Kündigung unterblieben sind, ist weder von der Beklagten, der insoweit die Darlegungs- und Beweislast obliegt (*Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 286 Rn. 32), dargetan noch sonst ersichtlich. Weder aus dem Beklagtenvorbringen noch sonst ergeben sich Anhaltspunkte für von der Beklagten unverschuldete Leistungshindernisse. Der in anderem Zusammenhang von der Beklagten angeführte Zusammenbruch ihrer Auftragslage nach Modifizierung der staatlichen Förderung rechtfertigt die Nichtzahlung ebenso wenig wie eine mangelnde finanzielle Leistungsfähigkeit (vgl. zu letzterem *Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 286 Rn. 32 m.w.N.). Desgleichen ergibt sich aus dem zugrunde zu legenden Sach- und Streitstand nichts, was die Annahme eines unvermeidbaren Rechtsirrtums der Beklagten stützt, nach Empfang der Lieferleistungen und der hierauf bezogenen Rechnungserteilung durch die Klägerin bis zum Zeitpunkt der klägerischen Rücktrittserklärung trotz zwischenzeitlicher Zahlungsaufforderungen überhaupt keine Zahlungen leisten zu müssen. Auch unter Berücksichtigung der von der Beklagten mit Schreiben vom 25. November 2011 angeführten Nichtigkeits- und Rücktrittsgründe muss sich der Beklagten die auf der Hand liegende Erkenntnis aufgedrängt haben, dass für die von ihr empfangenen und weiterverwendeten Lieferleistungen selbst im Falle der anfänglichen Nichtigkeit der Lieferverträge oder der Wirksamkeit ihrer Kündigung aus November 2011 irgendein Ausgleich zu zahlen ist, jedenfalls die Zahlungsforderung der Klägerin insoweit nicht ganz unbeachtlich ist. Eine Auseinandersetzung hiermit lässt das Beklagtenvorbringen indes vermissen. Dass die Beklagte nach sorgfältiger Prüfung, soweit erforderlich Einholung eines Rechtsrats und unter Beachtung der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. zu diesem Maßstab des Rechtsirrtums: *Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 276 Rn. 22 m.w.N.) zu dem Ergebnis gelangt sei, zunächst einmal überhaupt keine Zahlungen leisten zu müssen, ist weder von der Beklagten ausdrücklich vorgetragen noch sonst auch nur ansatzweise zu ersehen. Insbesondere liefert das Schreiben der Beklagten vom 25. November 2011 hierfür keinen Anhaltspunkt, zumal die damit angeführte Ungültigkeit der – nicht konkret benannten – Vertragsklauseln und damit der „Verträge“ als Ganzes“ wegen – ebenfalls nicht näher erläuterten – Verstoßes gegen Kartellverbote nach „EU- als auch deutschen Recht“ jeder Substanz entbehrt. Gleiches gilt hinsichtlich des im selben Schreiben ohne auch nur ansatzweise Mitteilung

der dies nach Auffassung der Beklagten tragenden Gründe lediglich schlagwortartig in den Raum gestellten Kündigungsrechts „gemäß §§ 313 und 314 BGB“. Nachdem die Frage eines – den Entlastungsnachweis nach § 286 Abs. 4 BGB einschließenden – Verzuges der Beklagten mit den eingeklagten Zahlungen zwischen den Parteien von Beginn des Verfahrens an im Raum stand (siehe etwa Klageschrift vom 14.07.2011) und die vom Senat vorgenommene Vertragsergänzung um eine auf den Fall des vertragswidrigen Verhaltens des Käufers beschränkte Verfallsregelung Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist, bestand kein Anlass, die Beklagte hierauf erneut hinzuweisen.

(5) Soweit der Ausschluss des Rücktrittsrechts nach § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB entsprechende Anwendung auf die Nichterfüllung finden soll (vgl. hierzu *Grüneberg* in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 323 Rn. 32), kann nach umfassender Interessenabwägung von einer bloß unerheblichen Pflichtverletzung keine Rede sein. Hierbei ist neben dem Umstand, dass die im Zeitraum Januar bis März 2011 gelieferte, aber nicht bezahlte Wafermenge von 5.269.500 Stück rund 19 % des nach den streitbefangenen Lieferverträgen *MoU II* und *MoU III* vereinbarten Jahresliefervolumens von 27.711.438 Stück ausmacht, ferner zu berücksichtigen, dass die Beklagte sich im Rücktrittszeitpunkt seit mehr als fünf Monaten im Verzug mit der spätestens seit dem 1. Mai 2011 fälligen Kaufpreiszahlung befand. Einer – nicht formgebundenen – verzugsbegründenden Mahnung bedurfte es nach § 286 Abs. 2 Nr. 2. BGB nicht, weil nach Vertragsziffer 6. jedes streitbefangenen Liefervertrages die Leistungszeit anhand eines vorangehenden Ereignisses – die Ausfertigung der Rechnung – nach dem Kalender berechenbar war; hierbei ist die mit 30 Tagen ab in der Rechnung ausgewiesenem Ausfertigungsdatum bemessene Frist auch unter Berücksichtigung der grenzüberschreitenden Rechnungsübermittlung angemessen, zumal die Beklagte sich aufgrund der zeitlich dem noch vorangegangenen Lieferung auf die nach Menge und Vertragspreis berechenbare Kaufpreiszahlung einstellen konnte. Dass sie das Unterbleiben einer Zahlung mit der Folge des § 286 Abs. 4 BGB nicht zu vertreten habe, hat die Beklagte nicht dargetan.

8. Der geltend gemachte Zinsanspruch ist dem Grunde nach aus § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB gerechtfertigt. Die Klägerin verlangt keinen Fälligkeitszins nach § 353 HGB, sondern stützt den geltend gemachten Zinsanspruch ausdrücklich auf den Ge-

sichtspunkt des Verzuges, der hier zugleich mit der nach dem Kalender zu berechnenden Fälligkeit 30 Tage ab Rechnungsdatum ohne Mahnung eintrat. Den ihr obliegenden Entlastungsnachweis nach § 286 Abs. 4 BGB hat die Beklagte – wie schon erläutert – nicht geführt. Der zugrunde gelegte Zinssatz begegnet mit 12 % p.a. in Anbetracht des § 352 Abs. 1 HGB, §§ 286, 288 Abs. 2 und 4 BGB keinen Bedenken. Jedoch ist der Beginn des Verzugszins marginal abweichend von den vom Landgericht zuerkannten Zeitpunkten unter Berücksichtigung der bereits ausgeführten Fälligkeitstermine festzusetzen.

III.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 92 Abs. 2 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufige Vollstreckbarkeit richtet sich nach §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

IV.

Für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO besteht keine Veranlassung.

V.

Die Festsetzung des Streitwertes für das Berufungsverfahren versteht sich unter Berücksichtigung der Klageforderung in Höhe von insgesamt 12.888.225,00 € zuzüglich des in gleicher Höhe anzusetzenden Betrages aus der geltend gemachten Gegenforderung, mit welcher die Hilfsaufrechnung erklärt worden ist (§ 45 Abs. 3 GKG).

Prof. Dr. Kühnen

Breiler

Prof. Dr. Lohse



