

CISG-online 1087

Jurisdiction	Austria
Tribunal	Oberlandesgericht Linz (Court of Appeal Linz)
Date of the decision	08 August 2005
Case no./docket no.	3 R 57/05f
Case name	<i>Spacers for insulation glass case</i>

Das Oberlandesgericht Linz hat als Berufungsgericht durch die Richter Dr. Hütter als Vorsitzende sowie Dr. A. Neundlinger und Mag. Telfser in der Rechtssache der klagenden Partei E[...] G[...] GmbH, [...], [...], vertreten durch Rechtsanwälte Grassner Linz Thewanger & Partner, Linz, gegen die beklagte Partei P[...] s.r.l., [...], Italien, vertreten durch Dr. Christian Hopp, Rechtsanwalt in Feldkirch, wegen € 283.756,62 s.A., über die Berufung der beklagten Partei gegen das Zwischenurteil des Landesgerichtes Steyr vom 31.1.2005, 4 Cg 113/03f-34, in nicht-öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird nicht Folge gegeben.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens wird der Endentscheidung vorbehalten.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin mit Sitz in Steyr, Österreich, stellt Isoliergläser für den Glasfassadenbau her und ist international tätig. Bei der Herstellung von Isoliergläsern ist der Einbau von Abstandhaltern erforderlich, welche die Kläger früher von einem anderen Lieferanten als der Beklagten bezog. 1

Im Jahr 1995 trat P[...] M[...], ein Angestellter der Beklagten mit dem Sitz in Italien, an den Prokuristen der Klägerin, G[...] W[...], heran, präsentierte die von der Beklagten hergestellten Abstandhalter und versuchte, mit der Klägerin eine Geschäftsbeziehung zu beginnen. Bis zum tatsächlichen Beginn der Geschäftsbeziehungen gab es mehrere Gespräche zwischen P[...] M[...] und G[...] W[...], wobei beiden klar war, dass es sich bei der Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien um eine längerfristige Geschäftsbeziehung handeln und die Beklagte an die Stelle des bisherigen Systemanbieters der Klägerin treten sollte. Die Abstandhalter der Beklagten wurden von Mitarbeitern der Klägerin in technischer Hinsicht kontrolliert und entsprachen den Anforderungen. Mit Telefax vom 15.2.1996 fragte G[...] W[...] bei P[...] M[...] an, ob zwischen den Parteien eine spezielle Zahlungsvereinbarung, wonach eine Zahlung der Rechnungen vom 1. bis 15. eines Monats am Monatsletzten und der Rechnungen vom 16. bis zum Letzten des Monats am 15. des nächsten Monats mit 5% Skonto, und eine Zahlung zwischen 17 und 30 Tagen netto erfolgen könne, was mit gleichem Tag von P[...] M[...] bestätigt wurde. 2

In der Folge wurden von der Klägerin Bestellungen per Telefax an die Beklagte übermittelt. Auf den Bestellungen fand sich immer folgender Hinweis: 3

«Wir bestellen unter Ausschluss Ihrer Bestimmungen nachstehend angeführte Leistungen zu unseren Einkaufsbedingungen».

Zum Teil wurden Bestellungen auch vorab per Telefon abgeklärt, indem durch die Sachbearbeiter der Klägerin bei der Beklagten angefragt wurde, ob eine bestimmte Stückzahl von Abstandhaltern verfügbar sei, und dass gegebenenfalls eine Bestellung getätigt werde. Dann wurde jeweils eine schriftliche Bestellung per Telefax nachgereicht. 4

Zwischen den Parteien war es üblich, dass auf eine telefonische Bestellung eine schriftliche Bestellung folgt. Die auf der Rückseite des Bestellformulars der Klägerin abgedruckten allgemeinen Einkaufsbedingungen der Klägerin wurden dabei nicht mitgefaxt. Bei den Bestellfax(en) handelte es sich um eigene Formulare, in denen zwar [mit obigem Hinweis] auf die allgemeinen Einkaufsbedingungen der Klägerin hingewiesen wurde, auf denen die Einkaufsbedingungen der Klägerin aber nicht abgedruckt waren. 5

In den allgemeinen Einkaufsbedingungen der Klägerin ist unter dem Punkt «Gerichtsstand, Rechtswahl» angeführt: 6

«Gerichtsstand ist für beide Teile das sachlich zuständige Gericht in Steyr. Es gilt ausschließlich österreichisches Recht.»

Am 3.3.1998 fragte ein Mitarbeiter der Klägerin namens Fiala bei P[...] M[...] telefonisch an, ob die Beklagte schwarz eloxierte Abstandhalter für 23.000 lfm liefern könne. Dies wurde durch M[...] bestätigt, worauf die Abstandhalter von F[...] bestellt wurden. Im Sinne der zwischen den Parteien bestehenden Übung wurde von F[...] am 3.3.1998 eine schriftliche Bestellung über 23.000 lfm schwarz eloxierte Abstandhalter per Telefax an die Beklagte übermittelt. Auf dieser schriftlichen Bestellung war angeführt: *«Wir bestellen unter Ausschluss Ihrer Bestimmungen nachstehend angeführte Leistungen zu unseren Einkaufsbedingungen»*. Weiters war vermerkt «Bereits tel. vorausbestellt». Die Abstandhalter wurden zu einem Preis von ATS2,70/lfm bestellt. 7

Mit Telefax vom 4.3.1998 wurde die Bestellung ergänzt und die Wandstärke der Abstandhalter mit 0,38 angegeben. Auch bei diesem Telefax der Klägerin fand sich wieder der Hinweis auf Ihre Einkaufsbedingungen sowie die telefonische Vorausbestellung.

Mit Telefax vom 5.3.1998 wurde die Bestellung durch die Mitarbeiterin der Beklagten, M[...] S[...], bestätigt. 8

Gemeinsam mit der Faktura vom 10.3.1998, auf der sich in italienischer Sprache ein Hinweis auf die Allgemeinen Verkaufsbedingungen der Beklagten befand, wurden die eloxierten Abstandhalter an die Klägerin geliefert. Der Bestellwert der Ware betrug ATS 62.100,-- exkl. MWSt.

In der Folge wurden die Abstandhalter bei der Klägerin in die Isoliergläser eingebaut und die Isolierfenster zum Flughafen Köln/Bonn geliefert. Im November 1999 wurde die Klägerin von ihrer Kundin, der Firma S[...] GmbH & Co KG, erstmalig auf Mängel bei den Isoliergläsern in Bezug auf die Abstandhalter hingewiesen. **9**

Mit Schreiben vom 17.11.1999 leitete die Klägerin die Reklamation an die Beklagte weiter.

In der Folge wurden zwischen der Klägerin und der S[...] GmbH & Co KG unter Einbeziehung der Beklagten Vergleichsgespräche geführt und die Schadensursache untersucht. Ein bei der Technischen Universität Darmstadt eingeholtes Gutachten ergab, dass sich durch die UV-Bestrahlung eine Verfärbung der schwarz eloxierten Randabstandhalter ergeben hatte, die allerdings auf die übliche Lebensdauer des Isolierglases keinen Einfluss hat. Grund für die Verfärbung der Abstandhalter war ein Fehler bei der Eloxierung des durch die Beklagte verarbeiteten Materials bei der Fa. C[...]. **10**

Die Klägerin einigte sich mit der Fa. S[...] GmbH & Co KG auf eine Schadenersatzzahlung in Höhe von € 263.315,31 zur Abgeltung aller gegenseitigen Ansprüche aus dem Thema schwarze Abstandhalter. **11**

Mit der am 14.3.2002 beim Erstgericht eingelangten Klage begehrt die Klägerin von der Beklagten die Zahlung eines Betrages von insgesamt € 283.756,62 zuzüglich 5% Zinsen seit 17.12.2001, der sich aus dem an die Fa. S[...] GmbH & Co KG bezahlten Vergleichsbetrag und Rechtsverfolgungskosten in Höhe von insgesamt € 20.441,31 zusammensetzt. **12**

Die Beklagte habe der Klägerin für den aufgrund der Verfärbung der Abstandhalter entstandenen Schaden zu haften, weil sie für die Folgen des Verarbeitungsfehlers ihrer Subunternehmerin Fa. C[...] einzustehen habe.

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und wandte ein, die Ansprüche der Klägerin seien nach dem anzuwendenden italienischen Recht verjährt und zudem überhöht. Gemäß §§ 1490 ff. Codice Civile verjähre ein Gewährleistungs- und Schadenersatzanspruch aus Vertragsverletzung innerhalb eines Jahres ab Übergabe der mangelhaften Ware. Die Einkaufsbedingungen der Klägerin seien zwischen den Parteien nicht vereinbart und deren Inhalt der Beklagten nicht bekanntgegeben worden. **13**

Nach erfolgter Einschränkung der Verhandlung auf den Grund des Anspruches erkannte das Erstgericht mit dem angefochtenen Zwischenurteil, dass das Klagebegehren dem Grunde nach zu Recht bestehe. **14**

Es stellte folgenden weiteren Sachverhalt fest:

Nach Überprüfung der technischen Eigenschaften der Abstandhalter der Beklagten kam es zu einem Gespräch zwischen P[...] M[...] und G[...] W[...], in dem die Rahmenbedingungen für die zukünftige Geschäftsbeziehung zwischen den Streitparteien abgesprochen wurden. Bei diesem Gespräch übergab G[...] W[...] die allgemeinen Einkaufsbedingungen der Klägerin an P[...] M[...] und wies darauf hin, dass dies die Einkaufsbedingungen der Klägerin seien.

G[...] W[...] übergab dabei ein Bestellformular, wobei sich auf der Rückseite die Einkaufsbedingungen befanden. Die einzelnen Punkte der allgemeinen Einkaufsbedingungen wurden dabei nicht besprochen.

In rechtlicher Beurteilung dieses Sachverhaltes führte das Erstgericht aus, dass es zwischen den Parteien zur Vereinbarung der Wirksamkeit der allgemeinen Einkaufsbedingungen der Klägerin für alle zukünftigen Geschäftsfälle gekommen sei. Allgemeine Geschäftsbedingungen müssten, um in einen Vertrag einbezogen werden zu können, nach dem dem Adressaten erkennbaren Willen der erklärenden Partei Bestandteil des Angebotes geworden sein.

Gehe man davon aus, dass von Seiten der Klägerin der Beklagten im Zuge der Gespräche über den Beginn einer länger dauernden Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien die allgemeinen Einkaufsbedingungen der Klägerin übergeben worden seien, so habe dies für die Beklagte, die mit der Klägerin habe ins Geschäft kommen wollen, auch wenn die Einkaufsbedingungen nicht im Einzelnen durchbesprochen worden seien, nur bedeuten können, dass die Klägerin die Geschäftsbeziehung nur unter Zugrundelegung der eigenen Einkaufsbedingungen beginnen wolle. Dies habe sich auch daraus bestätigt, dass die Klägerin auf ihren schriftlichen Bestellungen immer die Bedingungen der Gegenseite ausgeschlossen und ihr Angebot unter den eigenen allgemeinen Einkaufsbedingungen gestellt habe. Da es zwischen den Parteien üblich und gebräuchlich gewesen sei, telefonische Vorausbestellungen unter Hinweis auf die allgemeinen Einkaufsbedingungen nochmals schriftlich zu bestellen, seien auch für die streitgegenständliche Lieferung, die zunächst telefonisch vorausbestellt worden sei, die allgemeinen Einkaufsbedingungen der Klägerin wirksam vereinbart.

Aus diesen Einkaufsbedingungen der Klägerin ergebe sich die Anwendbarkeit österreichischen Rechts. Darunter sei auch das UN-Kaufrechtsübereinkommen zu verstehen, nach dessen Art. 74 als Schadenersatz für die durch eine Partei begangene Vertragsverletzung der der anderen Partei infolge der Vertragsverletzung entstandene Verlust einschließlich des entgangenen Gewinns zu ersetzen sei. Dieser Schadenersatzanspruch setze lediglich voraus, dass zwischen der Vertragsverletzung und dem geltend gemachten Schaden des Vertragspartners ein Kausalzusammenhang bestehe; keine Voraussetzung sei dagegen, dass der vertragsbrüchigen Partei ein Verschulden angelastet werden könne. Die von der Beklagten gelieferten schwarz eloxierten Abstandhalter hätten sich infolge UV-Strahlung verfärbt, sodass sie ihre Eigenschaft der schwarzen Farbe verloren hätten. Der der Klägerin daraus entstandene Schade sei von der Beklagten gemäß Art. 74 UN-K dem Grunde nach zu ersetzen. Da das UN-Kaufrechtsübereinkommen keine Bestimmungen über die Verjährung von Ansprüchen aufweise, seien insoweit die Verjährungsbestimmungen des ABGB heranzuziehen. Gemäß § 1489 ABGB verjährten Entschädigungsklagen in drei Jahren von der Zeit an, zu welcher der Schade und die Person des Beschädigers dem Beschädigten bekannt geworden sei. Wenngleich die Lieferung der Ware bereits im März 1998 erfolgt sei, sei der durch die mangelhafte Eloxierung entstandene Schade der Klägerin erst im November 1999 bekannt geworden. Die Verjährungsfrist habe daher erst im November 1999 zu laufen begonnen und sei durch die am 14.3.2002 eingebrachte und gehörig fortgesetzte Klage unterbrochen. Die Haftung der Beklagten sei daher dem Grunde nach auszusprechen gewesen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung der Beklagten mit einer Tatsachen- und Rechtsrüge und den Anträgen, das angefochtene Urteil in klagsabweisendem Sinn abzuändern oder aber zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung durch das Erstgericht aufzuheben. 15

Die Klägerin beantragte in ihrer Berufungsbeantwortung der Berufung keine Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt. 16

1. 17

Die Tatsachen- und Beweisrüge wendet sich gegen die Feststellung im Ersturteil, wonach es nach Überprüfung der technischen Eigenschaften der Abstandhalter der beklagten Partei zu einem Gespräch zwischen P[...] M[...] und G[...] W[...] gekommen sei, *in dem die Rahmenbedingungen für die zukünftige Geschäftsbeziehung zwischen den Streitteilen abgesprochen worden seien, bei welchem Gespräch G[...] W[...] die allgemeinen Einkaufsbedingungen der Klägerin an P[...] M[...] übergeben und darauf hingewiesen habe, dass dies die Einkaufsbedingungen der Klägerin seien; G[...] W[...] dabei ein Bestellformular übergeben habe, wobei sich auf der Rückseite die Einkaufsbedingungen befunden hätten.*

Die Berufungswerberin begehrt statt dessen aufgrund der Angaben der Zeugen P[...] M[...] und M[...] S[...] die Feststellung zu treffen, dass *die Einkaufsbedingungen der Klägerin zwischen den Streitteilen nicht ausgetauscht worden seien, die Einkaufsbedingungen der Klägerin nicht Gegenstand der Gespräche zwischen M[...] und W[...] gewesen seien*, jedenfalls aber Negativfeststellungen zu diesen Fragen. 18

Das Erstgericht habe die Beweise unrichtig gewürdigt, weil sich aus den Aussagen der Zeugen M[...] und S[...] widerspruchsfrei ergebe, dass die Einkaufsbedingungen der Klägerin nicht an die Beklagte übergeben worden seien und die Einkaufsbedingungen der Klägerin bei der Beklagten gar nicht bekannt gewesen seien und auch der Zeuge W[...] ausgesagt habe, dass über die Einkaufsbedingungen nicht besonders gesprochen worden sei, er die Übergabe der Einkaufsbedingungen als Formalakt erachtet habe, für ihn die Abklärung der Zahlungsmodalitäten wichtig gewesen sei, woraus sich ergebe, dass selbst der Zeuge W[...] den Einkaufsbedingungen keine besondere Bedeutung beigemessen habe, wobei sich der Zeuge W[...] bei seiner Schilderung der Umstände, auf die das Erstgericht die Absprache der Geschäftsbedingungen gestützt habe, widersprochen habe, indem er einerseits ausgesagt habe, dass über die Geschäftsbedingungen nicht besonders gesprochen worden sei, jedoch an anderer Stelle deponiert habe, dass man die Rahmenbedingungen für sämtliche zukünftige Lieferbedingungen abgeklärt habe. 19

Die Berufungsausführungen können weder eine Unrichtigkeit der erstrichterlichen Beweiswürdigung aufzeigen noch auch nur Bedenken an der Würdigung der Beweismittel durch das Erstgericht hervorrufen. 20

Das Erstgericht hat nachvollziehbar darauf verwiesen, dass die vom Zeugen W[...] geschilderte Vorgangsweise bei lebensnaher wirtschaftlicher Betrachtung nachvollziehbar sei, habe doch die Klägerin als die Beklagte mit dem Ansinnen, mit der Klägerin in Geschäftsbeziehung zu 21

treten, an diese herangetreten sei, einen ständigen Lieferanten für Abstandhalter gehabt und sei nicht auf einen neuen Lieferanten angewiesen gewesen.

Der Schluss des Erstgerichtes, dass sich die Klägerin damals in der stärkeren Verhandlungsposition als die Beklagte befunden habe, ist daher durchaus plausibel. **22**

Berücksichtigt man, dass sowohl von Seiten der Beklagten als auch von Seiten der Klägerin eine längerfristige Geschäftsbeziehung intendiert war, ist es durchaus nahliegend, dass vor Aufnahme der Geschäftsbeziehung die Rahmenbedingungen der künftig ständigen Zusammenarbeit besprochen und bei dieser Gelegenheit von Seiten der Klägerin deren Einkaufsbedingungen vorgelegt und dem potentiellen künftigen Lieferanten ausgehändigt wurden. **23**

Der Zeuge M[...] machte zu der Frage, ob es ein Gespräch über die rechtlichen Rahmenbedingungen der künftigen Geschäftsbeziehung gegeben habe und ob er bei dem auch vom Zeugen M[...] nicht in Abrede gestellten Gespräch mit dem Prokuristen der Klägerin G[...] W[...] von W[...] die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin übergeben erhalten habe, eher vage Angaben, indem er bekundete, «sich nicht erinnern zu können», dass ihm Herr W[...] die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Fa. E[...] übergeben habe, und zu «glauben», dass es keine Gespräche über die rechtlichen Rahmenbedingungen der Geschäftsbeziehung gegeben habe. **24**

Die Zeugin Santopadre war bei dem im Jahr 1995 oder 1996 geführten Gespräch zwischen G[...] W[...] und P[...] M[...] nicht zugegen und auch noch gar nicht bei der Beklagten beschäftigt, sondern trat erst im Februar 1998, also nach bereits rund zwei Jahre währender Geschäftsbeziehung zwischen den Streitparteien in die Dienste der Beklagten. Dass der Zeugin S[...] nach eigener Aussage die Geschäftsbedingungen der Klägerin nicht bekannt waren, lässt daher keine Rückschlüsse darauf zu, ob die Einkaufsbedingungen der Klägerin, wie vom Zeugen G[...] W[...] geschildert, von G[...] W[...] im Zuge der Ausverhandlung der Rahmenbedingungen der künftigen Geschäftsbeziehung an P[...] M[...] übergeben worden sind. **25**

Dass der Zeuge M[...] im Zusammenhang mit der Schilderung, dass bei den laufenden Telefaxbestellungen die allgemeinen Einkaufsbedingungen der Klägerin nicht übermittelt worden seien, ausgesagt hat, die allgemeinen Einkaufsbedingungen der Klägerin nicht zu kennen, lässt die Möglichkeit offen, dass der Zeuge M[...] die Einkaufsbedingungen der Klägerin zwar erhalten, jedoch bloß nicht gelesen hat. Auch zeigt der Umstand, dass zu einer vom Erstgericht getroffenen Feststellung auch gegenteilige Beweisergebnisse existieren, noch keine Unrichtigkeit der erstrichterlichen Beweiswürdigung auf. **26**

Der Umstand, dass der Zeuge W[...] nach eigener Aussage die Übergabe der allgemeinen Einkaufsbedingungen als Formalakt erachtet habe, relativiert nicht dessen Aussage, sich noch genau erinnern zu können, Herrn M[...] die schriftlichen Einkaufsbedingungen übergeben und dabei gesagt zu haben, dass dies die Einkaufsbedingungen der Klägerin seien. **27**

Die Richtigkeit der Erwägung des Erstgerichtes, dass die Klägerin einen Wechsel ihres Lieferanten nur zu ihren eigenen Geschäftsbedingungen durchführen wollte, ergibt sich nicht nur daraus, dass der Zeuge W[...] darauf hinwies, normalerweise neuen Lieferanten die Einkaufsbedingungen der Klägerin zu übergeben, sondern auch aus dem Umstand, dass die Klägerin **28**

überhaupt standardisierte «Allgemeine Einkaufsbedingungen» ausarbeiten und auf die Rückseite ihrer Bestellformular drucken ließ und in ihre schriftlichen Bestellungen jeweils den Hinweis aufnahm, unter Ausschluss der Bestimmungen des Lieferanten zu ihren Einkaufsbedingungen zu bestellen.

Auch der Umstand, dass der Zeuge W[...] angab, dass ihm damals die Abklärung der Zahlungsmodalitäten wichtig gewesen sei und die einzelnen Punkte der allgemeinen Einkaufsbedingungen wie beispielsweise Gerichtsstandsvereinbarung oder anzuwendendes Recht oder ähnliche Punkte damals nicht durchgegangen worden seien, erschüttert oder widerlegt nicht dessen Aussage, P[...] M[...] die schriftlichen Einkaufsbedingungen übergeben und dabei gesagt zu haben, dass dies die Einkaufsbedingungen der Klägerin seien.

Der angebliche Widerspruch in der Aussage des Zeugen W [...], wonach – bei der Anbahnung der Geschäftsbeziehung zwischen den Streitparteien mit P[...] M[...] – die Rahmenbedingungen für sämtliche zukünftige Leistungen abgeklärt, nachher über die Einkaufsbedingungen der Klägerin nicht mehr besonders gesprochen worden sei und die einzelnen Punkte der allgemeinen Einkaufsbedingungen nicht gemeinsam durchgegangen worden seien, ist nicht ersichtlich.

Nicht geteilt werden kann daher die Argumentation in der Berufung, wonach die Aussage des Zeugen W[...] weniger glaubwürdig als jene des Zeugen M[...] sei.

Angesichts der zwischen den Parteien bestehenden Übung, telefonische Bestellungen stets schriftlich unter Hinweis auf die eigenen Einkaufsbedingungen zu wiederholen, spricht auch das Fehlen eines Hinweises auf die Einkaufsbedingungen im Rahmen der telefonischen Bestellung nicht gegen die Nachvollziehbarkeit der Überzeugung des Erstgerichtes, dass es der Klägerin auf die Geltung ihrer Einkaufsbedingungen angekommen sei.

29

Die Tatsachen- und Beweisrüge muss daher insoweit ohne Erfolg bleiben.

30

2.

31

Soweit der Berufungswerber weiters geltend macht, das Erstgericht hätte «bei Berücksichtigung des gesamten Verhaltens der Streitparteien und der gesamten Umstände des Einzelfalls» feststellen müssen, dass

a)

32

die Bestellungen der Klägerin telefonisch erfolgt seien und sich lediglich auf den anschließenden schriftlichen Bestätigungen ein Hinweis auf die Geschäftsbedingungen der Klägerin befunden habe, ohne dass diese auch darauf enthalten gewesen seien;

b)

33

die Angebote der Beklagten, auf deren Basis die Bestellungen der Klägerin erfolgten, Geschäftsbedingungen enthalten hätten;

c)

34

die Rechnungen der Beklagten an die Klägerin von denen über Jahre hinweg ca. jeden Monat eine versandt worden sei, Geschäftsbedingungen der Beklagten enthalten hätten, die denjenigen der Klägerin widersprochen hätten;

d)

35

die Klägerin den Geschäftsbedingungen der Beklagten auf deren Angeboten und deren Rechnungen niemals widersprochen habe, ist Folgendes auszuführen:

ad a)

36

Beweisergebnisse dafür, dass sämtliche Bestellungen der Klägerin telefonisch erfolgten, existieren nicht und kann auch die Berufungswerberin nicht aufzeigen. Eine derartige Feststellung stünde auch in unüberbrückbarem Widerspruch zu der unbekämpften Feststellung, wonach die Bestellungen «zum Teil vorab per Telefon abgeklärt worden seien, indem durch den Sachbearbeiter der Klägerin bei der Beklagten angefragt worden sei, ob eine bestimmte Stückzahl von Abstandhaltern verfügbar sei und dass gegebenenfalls eine Bestellung getätigt werde». Dass sich auf den den mündlich vorab abgeklärten bzw. getätigten Bestellungen nachgereichten schriftlichen Telefaxbestellungen ein Hinweis auf die Geschäftsbedingungen der Klägerin befunden habe, ohne dass diese auch darauf enthalten gewesen seien, wurde vom Erstgericht ohnehin festgestellt.

ad b)

37

Beweisergebnisse, wonach die Angebote der Beklagten Geschäftsbedingungen der Beklagten enthalten hätten, existieren ebenfalls nicht. Vielmehr hat der Zeuge P[...] M[...] angegeben, dass auf den von der Beklagten überlieferten Rechnungen Bedingungen für die Geschäftsbeziehungen der Beklagten stünden, dazu auf die Rechnung Beilage./3 verwiesen und ausdrücklich bekundet, dass diese Bedingungen «allerdings nur auf den übermittelten Rechnungen stünden, während auf den Angeboten der Beklagten die Zahlungsmodalitäten angeführt seien und der Hinweis, dass die Lieferung frei Haus erfolge; weitere Vereinbarungen bzw. Bedingungen gäbe es nicht».

Auch auf der von der Beklagten vorgelegten Preisliste vom 4.7.1997 (Beilage./1), die nach der Aussage des Zeugen M[...] für die streitgegenständliche Bestellung Gültigkeit hatte, finden sich keinerlei Geschäftsbedingungen der Beklagten. Die zu b) begehrte Feststellung wäre daher vom Erstgericht keinesfalls zu treffen gewesen.

ad c)

38

Dass die Rechnungen der Beklagten Geschäftsbedingungen der Beklagten enthielten, wurde vom Erstgericht in Bezug auf die klagsgegenständliche Lieferung festgestellt. Selbst wenn sich entsprechende Hinweise auch auf den übrigen an die Klägerin durch mehrere Jahre hindurch übersandten Monatsrechnungen befunden haben sollten, ist daraus für den Rechtsstandpunkt der Beklagten nichts zu gewinnen.

Diese im Gegensatz zu den Bestellungen der Klägerin und der Auftragsbestätigung der Beklagten in italienischer Sprache und kaum leserlicher Größe abgefassten Bedingungen sehen nach der von der Beklagten vorgelegten unbeglaubigten Übersetzung zwar vor, dass der Kunde mit seiner Bestellung die Bedingungen der Beklagten akzeptiere, wobei die als «Allgemeine Verkaufsbedingungen» bezeichneten Bedingungen der Beklagten jedoch gar keine Rechtswahlklausel enthalten und somit in der Frage des auf das Vertragsverhältnis anzuwendenden Rechts den Einkaufsbedingungen der Klägerin gar nicht widersprachen.

39

Die zu d) begehrte Feststellung war schon deshalb nicht zu treffen, weil, wie bereits dargelegt wurde, die Angebote der Beklagten keine Geschäftsbedingungen enthielten, und die Klägerin in ihren schriftlichen Bestellungen jeweils ausdrücklich allfälligen Bedingungen des Lieferanten widersprach, indem sie ausdrücklich unter Ausschluss der Bestimmungen der Beklagten zu ihren Einkaufsbedingungen bestellte. **40**

Die Tatsachen- und Beweistrüge ist daher insgesamt unberechtigt. **41**

3. **42**

In der Rechtsrüge tritt die Berufungswerberin der Ansicht des Erstgerichtes entgegen, dass zwischen den Parteien für die streitgegenständliche Lieferung die Geltung der allgemeinen Einkaufsbedingungen der Klägerin vereinbart worden sei.

Die Frage, ob die Parteien die Geschäftsbedingungen der Klägerin vereinbart hätten, sei nach UN-Kaufrecht zu beurteilen, wobei nach UN-Kaufrecht für die Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen ein strenger Maßstab anzulegen sei. Der bloße Hinweis eines Offerenten auf die Geltung seiner AGB genüge nicht. Vielmehr bedürfte es zur Annahme der Geltung von AGB einer Erklärung oder eines sonstigen Verhaltens des Empfängers, das eine Zustimmung zum Anbot ausdrücke, wobei Schweigen oder Untätigkeit allein keine Annahme darstelle. **43**

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergebe sich weder eine Erklärung noch ein sonstiges Verhalten der Beklagten i.S.d. Art. 18 UN-K, wonach diese das Angebot der Klägerin auf künftige Vertragsabschlüsse zu den Einkaufsbedingungen der Klägerin angenommen habe. Eine ausdrückliche Annahme der Geltung der Geschäftsbedingungen der Klägerin durch die Beklagte sei nicht festgestellt; von einer konkludenten Annahme durch die Beklagte könne weder auf Basis des festgestellten Sachverhaltes noch unter Mitberücksichtigung des Umstandes ausgegangen werden, dass die Beklagte laufend eigene Vertragsbedingungen auf ihren Angeboten und Rechnungen angeführt habe, die den Bedingungen der Klägerin zuwider gelaufen seien. Bei Anlegung des gebotenen sehr strengen Maßstabes an die Konkludenz eines Verhaltens könne von keiner stillschweigenden Unterwerfung unter die Einkaufsbedingungen der Klägerin durch die Beklagte ausgegangen werden. **44**

Dazu ist Folgendes auszuführen: **45**

Richtig ist, dass die Frage der Einbeziehung der Einkaufsbedingungen der Klägerin, die die Geltung österreichischen Rechts vorsehen, in das gegenständliche Vertragsverhältnis nach den Bestimmungen des UN-K zu beurteilen ist, das als Teil der österreichischen Rechtsordnung von der Rechtswahl mitumfasst wäre.

Ist das UN-K anwendbar, so müssen die Parteien, die seine Anwendung nicht wollen, eine entsprechende ausdrückliche oder stillschweigende Ausschlussvereinbarung treffen. **46**

Sowohl Italien als auch Österreich sind Vertragsstaaten des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (UN-K); das UN-K ist in Italien am 1.1.1988, in Österreich am 1.1.1989 in Kraft getreten und findet nach seinem Art. 1 auf **47**

Kaufverträge über Waren zwischen Parteien Anwendung, die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, wenn diese Staaten – wie im vorliegenden Fall – Vertragsstaaten sind.

Ein Ausschluss des UN-K wurde von keiner der Parteien behauptet. Nach herrschender Meinung kann das UN-K nur unter ausdrücklicher Nennung desselben abbedungen werden und stellt die Wahl nationalen (hier österreichischen) Rechtes eines UN-K-Mitgliedsstaates daher selbst dann kein Abbedingen des UN-Kaufrechtes dar, wenn das UN-K in den Sitzstaaten beider Vertragspartner in Geltung steht (7Ob 275/03x = SZ 2003/175).

48

Der Oberste Gerichtshof hat zu den Kriterien der Einbeziehung standardisierter Geschäftsbedingungen in der zitierten Entscheidung ausgeführt:

49

«Für die Einbeziehung standardisierter Geschäftsbedingungen stellt das UN-K keine besonderen Voraussetzungen auf. Die erforderlichen Regeln sind daher, soweit es sich um Kaufrechtsmaterien handelt, aus Art. 8 UN-K bzw. nach den Art. 14 ff. UN-K, die das äußere Zustandekommen des Vertrages abschließend regeln, zu entwickeln. Demnach müssen die AGB, um in einen Vertrag einbezogen werden zu können, nach dem dem Adressaten erkennbaren Willen der erklärenden Partei Bestandteil des Angebotes geworden sein. Dies kann durch einen entsprechenden Hinweis und auch stillschweigend geschehen, oder sich aufgrund der Verhandlungen zwischen den Parteien oder aus einer zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheit i.S.d. Art. 9 Abs. 1 UN-K ergeben. Ob AGB als Bestandteil des Angebotes des erklärenden Vertragspartners anzusehen sind, hängt davon ab, ob ihre gewollte Einbeziehung für den Adressaten erkennbar und ihm auch zumutbar ist. Beides, sowohl die Erkennbarkeit als auch die Zumutbarkeit hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Die Erkennbarkeit, nur zu den Konditionen seiner eigenen AGB kontrahieren zu wollen, setzt eine diesbezügliche unmissverständliche Willenserklärung des Verwenders der AGB voraus. Ein Hinweis auf Geschäftsbedingungen, die der Offerte nicht beigefügt sind, muss so deutlich sein, dass eine vernünftige Person «in den Schuhen des Empfängers» ihn versteht. Nach den aus Art. 8 UN-K entwickelten Regeln können aber schon aufgrund der Verhandlungen zwischen den Parteien oder der zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheiten (Art. 8 Abs. 3 UN-K) AGB einer Seite Bestandteil der Offerte sein.

Der Adressat muss allerdings auch in der Lage sein, den Inhalt der AGB kennenzulernen, da eine «vernünftige Person» «in der Art des Empfängers» den Erklärungsinhalt «unter den gleichen Umständen aufgefasst» haben muss, also jedenfalls eine Kenntnis- und damit Verständnismöglichkeit gehabt haben muss.

Was man vernünftigerweise nicht kennen kann, kann man auch nicht verstehen und auslegen. Dabei kann auch die Sprache, in der auf AGB verwiesen wird und in der sie abgefasst sind, Bedeutung gewinnen. Die deutsche Rechtsprechung bejaht eine wirksame Einbeziehung der für den Vertragspartner fremdsprachigen AGB trotz dessen Sprachunkennntnis, wenn in der Verhandlungs- und Vertragssprache auf die AGB hingewiesen wurde und der Vertragspartner eine uneingeschränkte Annahmeerklärung abgegeben hat. Dieser Auffassung hat sich der Oberste Gerichtshof ausdrücklich angeschlossen. Kriterien dafür, ob dem Adressaten das Verständnis der ihm in einer anderen

als seiner Muttersprache oder der Vertragssprache oder sonst geläufigen Sprache übermittelten AGB zugestimmt werden kann, weil ihm etwa auch die Herstellung einer Übersetzung zumutbar ist, sind wohl die Länge, Intensität und Bedeutung der geschäftlichen Beziehung sowie auch die Verbreitung der verwendeten Sprache im betreffenden Kulturkreis. Je intensiver und wirtschaftlich bedeutsamer eine Beziehung ist, umso eher wird jemand, der seinem Geschäftspartner durch entsprechende Hinweise und wiederholte Übersendung seiner nicht in der Vertragssprache abgefassten AGB unmissverständlich zu erkennen gegeben hat, dass er nur zu diesen Bedingungen kontrahieren möchte, erwarten können, dass sich der Geschäftspartner, falls dies notwendig ist, entweder selbst um die Übersetzung bemüht oder ihn zur Übermittlung auch einer Übersetzung auffordert. Bei international tätigen Unternehmen muss der Vertragspartner der Fassung der AGB in einer Weltsprache unverzüglich mangels mangelnder Sprachkenntnis widersprechen, wenn die Kenntnis dieser Weltsprache nicht fernliegend ist. Als Weltsprache kann dabei nach Englisch und Französisch wohl auch Deutsch angesehen werden».

Im vorliegenden Fall nun hat die Klägerin bereits zu Beginn der Geschäftsbeziehung mit der Beklagten im Rahmen eines Gesprächs zwischen dem Prokuristen der Klägerin und dem den Geschäftskontakt zur Klägerin knüpfenden Mitarbeiter der Beklagten, bei dem die Rahmenbedingungen für die zukünftige, als längerfristig geplante Geschäftsbeziehung zwischen den Streitparteien abgeprochen wurde, der Verhandlungsgehilfen der Klägerin dem Verhandlungsgehilfen der Beklagten die in deutscher Sprache, also in einer Weltsprache – die zudem die Verhandlungssprache zwischen den beiden Repräsentanten der Streitparteien war – abgefassten Einkaufsbedingungen der Klägerin mit dem Hinweis übergeben, dass dies die Einkaufsbedingungen der Klägerin seien. In der in weiterer Folge tatsächlich zustande gekommenen, bis zur gegenständlichen Bestellung vom März 1998 mehr als zwei Jahre währenden Geschäftsbeziehung hat die Klägerin in sämtlichen – entweder schriftlich getätigten oder nach mündlicher Vorabbestellung jeweils schriftlich wiederholten – Bestellungen jeweils ausdrücklich erklärt, «unter Ausschluss Ihrer (der Beklagten) Bestimmungen zu unseren (der Klägerin) Einkaufsbedingungen zu bestellen».

50

Aufgrund des bereits vor Beginn der Geschäftsbeziehung erfolgten Hinweises auf die gleichzeitig überreichten Einkaufsbedingungen der Klägerin und der in der Folge während einer mehrjährigen Geschäftsbeziehung ständig – wenn auch ohne neuerliche Übermittlung der Einkaufsbedingungen – unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die eigenen Einkaufsbedingungen erfolgten Bestellungen der Klägerin konnte für die Beklagte jedenfalls bei Entgegennahme der klagsgegenständlichen zunächst mündlichen und in der Folge entsprechend der bestehenden Übung abermals unter Hinweis auf die Einkaufsbedingungen der Klägerin schriftlich wiederholten Bestellung der Klägerin kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass nach dem Willen der Klägerin deren Einkaufsbedingungen Bestandteil der klagsgegenständlichen Bestellung sind.

51

Der Wille der Klägerin nur zu den Konditionen ihrer eigenen Einkaufsbedingungen kontrahieren zu wollen, war unter Berücksichtigung der Verhandlungen zwischen den Parteien und der zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheiten unmissverständlich erklärt.

52

Die Beklagte hat das nach den zwischen den Parteien bestandenen Gepflogenheiten von der Klägerin gestellte Anbot, unter Zugrundelegung ihrer Einkaufsbedingungen 23.000 lfm schwarz eloxierte Abstandhalter von der Beklagten zu kaufen, zunächst mündlich gegenüber dem bei der Beklagten anfragenden Mitarbeiter der Klägerin und in der Folge schriftlich mit Telefax vom 5.3.1998 vorbehaltlos und ohne Ergänzungen, Einschränkungen oder Abänderungen angenommen. **53**

Zu Recht ist daher das Erstgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Einkaufsbedingungen der Klägerin, die eine Rechtswahl auf österreichisches Recht enthalten, Vertragsbestandteil geworden sind. **54**

Da das UN-Kaufrecht die Verjährung der aus dem Kaufvertrag folgenden Rechte nicht regelt (vgl. 4 Ob 1652/95 m.w.N. in RIS-Justiz RS0090863), ist aufgrund der zwischen den Parteien getroffenen Rechtswahl insoweit auf die Bestimmungen des ABGB zurückzugreifen. **55**

Dass der geltend gemachte Schadenersatzanspruch gemäß § 1489 ABGB nicht verjährt ist, wird in der Berufung nicht mehr in Zweifel gezogen. Auch sonstige Einwände gegen den Grund des Anspruches werden im Rechtsmittel nicht länger aufrechterhalten, sodass der Berufung der Beklagten insgesamt ein Erfolg versagt bleiben musste.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf die §§ 393 Abs. 4 i.V.m. § 52 Abs. 2 ZPO. **56**

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, weil zu den zu lösenden Rechtsfragen auf die zitierte höchstgerichtliche Judikatur zurückgegriffen werden konnte.