

CISG-online 1735

Jurisdiction	Austria
Tribunal	Oberlandesgericht Innsbruck (Court of Appeal Innsbruck)
Date of the decision	18 December 2007
Case no./docket no.	1 R 273/07t
Case name	<i>Steel bars case V</i>

Entscheidungsgründe:

Die Erst- und die Zweitbeklagte bilden eine Gesellschaft bürgerlichen Rechtes mit der Bezeichnung «A[...]» im Zusammenhang mit der Ausführung des Bauloses 2 auf der Loferer Bundesstraße B 178 bei Kilometer 2,225 bis 3,975. 1

Im Herbst 2004 schlossen die Streitparteien einen Vertrag, mit welchem die Beklagten die Klägerin zur Lieferung und Verlegung von Stabstahl betreffend die genannte Baustelle beauftragten. Dabei wurde bis 30.4.2005 ein Festpreis vereinbart, danach sollte vertragsgemäß eine neue Preisregelung erfolgen. Tatsächlich kam es auch am 29.3.2005 zur Vereinbarung eines neuen (geringeren) Festpreises, der von 1.4.2005 bis 31.3.2006 Geltung haben sollte. 2

In der Folge sank der Großhandelspreisindex für Stabstahl, weshalb die Beklagten auf dem Standpunkt standen, dass dies auch eine Senkung des vereinbarten Einheitspreises zur Folge haben müsste. Die Beklagten nahmen daher von den ihnen von der Klägerin in Rechnung gestellten Stahllieferungen und -verlegungen Preisreduktionen vor, die sie der Klägerin nicht bezahlten. 3

Die Klägerin begehrte, die Beklagten zur ungeteilten Hand zur Zahlung dieser Preisdifferenzen im Gesamtbetrag von EUR 191.866, 10 s.A. sowie zur Zahlung eines Betrages von EUR 1.243,33 aus der Rechnung Nr. 80962 vom 1.6.2006, hinsichtlich derer die Beklagten eine unberechtigte Gewichtskürzung vorgenommen hätten, zu verpflichten. 4

Hinsichtlich des begehrten Betrages von EUR 191.866,10 s.A. brachte die Klägerin vor, in der Vereinbarung vom 29.3.2005 sei ein Einheitspreis von EUR 682,50 pro Tonne vereinbart worden. Diese Preisvereinbarung sei verbindlich geworden und sie habe ihre Rechnungen entsprechend dieser Vereinbarung gestellt, wobei die Legung einer Schlussrechnung nicht vereinbart worden sei. Die Beklagten hätten jedoch von den Rechnungen der Klägerin Abzüge vorgenommen, die unberechtigt seien, weil es nach dem 29.3.2005 zu keiner neuen Preisvereinbarung gekommen sei. Insbesondere sei eine Besprechung zwischen den Streitparteien am 29.11.2005 ergebnislos und ohne neue Einigung über den Preis verlaufen. Die Beklagten hätten zwar nachfolgend in einem Aktenvermerk wahrheitswidrig eine neue Vereinbarung behauptet, dem habe jedoch die Klägerin schriftlich widersprochen, wobei dieser Widerspruch rechtzeitig erfolgt sei. Die Ö-Norm B 2110 sei zwischen den Streitparteien nicht vereinbart worden. Jedenfalls handle es sich beim Aktenvermerk der Beklagten um keine rechtswirksame 5

Vertragsänderung und auch um keinen rechtswirksamen Verzicht der Klägerin auf ihre Forderungen aus dem bestehenden Vertrag.

Die Beklagten beantragten Klagsabweisung und wandten ein, sie hätten Rechnungsabzüge entsprechend der Reduktion des Stahlpreises am Rohstoffmarkt vorgenommen. Von der Berechtigung dieser Abzüge habe die Klägerin anlässlich einer Besprechung vom 29.11.2005 überzeugt werden können. Bei dieser Besprechung sei es nämlich zu einer Vereinbarung dahingehend gekommen, dass für die zwischenzeitlich von Mai bis 15.11.2005 vorgenommenen Rechnungskorrekturen von den Beklagten eine Zahlung von EUR 40.000,-- netto zu leisten sei, für die Lieferungen ab 16.11.2005 sei ein neuer Festpreis von EUR 497,50 je Tonne (ohne Verlegung) vereinbart worden. Zudem sei der Klägerin von den Beklagten ein Einstiegsrecht über insgesamt 4 Tonnen Baustahllieferung, befristet auf 4 Jahre, zugesagt worden. Dieses Einstiegsrecht sollte vom Geschäftsführer der Klägerin schriftlich aufgesetzt und mit den Beklagten noch abgestimmt werden. Nach Vorlage der Formulierung seitens der Klägerin sollte der Betrag von EUR 40.000,-- netto überwiesen werden. Hinsichtlich dieser Vereinbarung hätten die Beklagten der Klägerin den Aktenvermerk vom 1.12.2005 übermittelt, dem die Klägerin jedoch erst mit Schreiben vom 17.1.2006 widersprochen habe. Dieser Widerspruch sei allerdings im Hinblick auf Punkt 5.5 der Ö-Norm B 2110, welche vertraglich vereinbart worden sei, verspätet erfolgt. Ausgehend von der Vereinbarung vom 29.11.2005 sei der Betrag von EUR 40.000,-- nicht fällig, weil die Klägerin ihrer Verpflichtung zur Formulierung des Einstiegsrechtes nicht nachgekommen und daher säumig sei.

6

Darüber hinaus hätte die Klägerin gemäß der vereinbarten Ö-Norm B 2110 die Gesamtleistung in einer Schlussrechnung samt zugehöriger Nachweise abrechnen müssen. Mangels derartiger Nachweise der Klägerin seien die von den Beklagten aufgrund ihrer eigenen Aufzeichnungen vorgenommenen Abzüge berechtigt. Den Beklagten stünden im Übrigen (im Einzelnen aufgeschlüsselte) Gegenforderungen in einer den Klagsbetrag übersteigenden Höhe zu, welche kompensando eingewendet würden.

7

Das Erstgericht wies mit dem angefochtenen Urteil das Klagebegehren ab.

8

Es ging bei seiner Entscheidung von folgenden Feststellungen aus, wobei die von der Klägerin bekämpften Urteilsannahmen im Fettdruck wiedergegeben sind:

9

Zur Ausführung des Bauloses 2 bot die Klägerin den Beklagten mit Angebot vom 17.5.2004 die Lieferung und Verlegung von Stahlbewehrungen an. Mit Auftragsschreiben vom 11.8.2004 erteilten die Beklagten der Klägerin den Auftrag für die Lieferung und Verlegung sämtlicher Bewehrungen. Als Auftragsgrundlagen wurden an erster Stelle das gegenständliche Auftragschreiben und neben weiteren Bedingungen, Bau- und Konstruktionsplänen sowie behördlichen Bewilligungen als letzter Punkt auch die einschlägigen technischen und rechtlichen Ö-Normen, insbesondere A 2060 und B 2110, vereinbart. Bei Widersprüchen sollten die erwähnten Auftragsgrundlagen in der angeführten Reihenfolge gelten, sodass das Auftragschreiben vom 11.8.2004 allen übrigen vereinbarten Auftragsgrundlagen voring.

Unter Punkt 12. des Auftragsschreibens wurde festgehalten, dass Abänderungen und Ergänzungen dieses Auftragsschreibens und seiner Bestandteile zu ihrer Rechtswirksamkeit der schriftlichen Bestätigung beider Vertragspartner bedürfen und dies auch für den Fall einer

10

Vereinbarung des Abgehens von der vereinbarten Schriftform gilt. Zwischen den Streitparteien kam es jedoch auch, und dies speziell bei dem früheren Bauvorhaben Baulos 1, vor, dass trotz vereinbarter Schriftlichkeitsform Vereinbarungen mündlich getroffen wurden.

Punkt 5.5 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen für Bauleistungen Ö-Norm B 2110 bestimmt, dass das Erfordernis der Schriftlichkeit auch dann als erfüllt gilt, wenn mündliche Vereinbarungen nachträglich von einem Vertragspartner schriftlich bestätigt werden und der andere Vertragspartner nicht widerspricht, wobei sowohl die Bestätigung, als auch der Widerspruch innerhalb angemessener Frist zu erfolgen haben.

11

Mit Begleitbrief vom 18.8.2004 übersandten die Beklagten das Auftragschreiben an die Klägerin zur Gegenzeichnung, welche dieses unter Hinweis auf die in ihrem Schreiben vom 1.9.2004 enthaltenen Ergänzungen unterzeichnet an die Beklagten retournierte. Dieses Ergänzungsschreiben der Klägerin wurde wiederum von den Beklagten überarbeitet und mit Begleitschreiben vom 6.10.2004 an die Klägerin übermittelt.

12

Für die Bewehrungslieferung und -verlegung wurde ein Preis von EUR 770,-- pro Tonne als Festpreis bis 30.4.2005 vereinbart, wobei die Streitparteien unter einem Fest- bzw. Fixpreis einen Preis verstanden, der sich über den vereinbarten Zeitraum nicht ändern sollte, auch wenn die Stahlpreise schwankten. Darüber hinaus sollte eine Regelung auf Kalkulationsbasis von EUR 320,-- pro Tonne erfolgen, wobei eine Reduktion des Stahlpreises auch eine Senkung des Einheitspreises bedingen sollte. Dies verstanden die Beklagten dahingehend, dass ihnen bei Stahlpreisänderungen die Möglichkeit offen stand, bezüglich des Preises nachzuverhandeln. Als Auftragsvolumen wurden ca. 5500 Tonnen abgesprochen.

13

Die Verrechnung sollte getrennt nach Liefer- und Verlegeleistung, die Zahlung nach 30 Kalendertagen zu 100% erfolgen. Ein Deckungsrücklass wurde nicht vereinbart und wurde ein solcher seitens der Beklagten auch nie in Abzug gebracht.

14

Während des Zeitraumes, für welchen die Parteien einen Festpreis von EUR 770,-- pro Tonne für die Bewehrungsleistungen vereinbart hatten, kam es auf dem Stahlmarkt zu Preisänderungen. Am 29.3.2005 wurden deswegen über Ersuchen der Beklagten im Büro der Zweitbeklagten in Innsbruck neuerlich Verhandlungen bezüglich des Preises geführt, an welchen Daniel R[...] und Erwin W[...] für die Klägerin und Ing. Wolfram W[...] sowie Ing. Hansjörg D[...] für die Beklagten teilnahmen. Ergebnis dieses Gespräches waren ein Preis von EUR 497,50 pro Tonne für die Lieferung von Stabstahl TC 55 und von EUR 185,-- pro Tonne für das Verlegen, insgesamt also ein Einheitspreis von EUR 682,50 pro Tonne, welcher beginnend mit 1.4.2005 als Festpreis bis 31.3.2006 Geltung haben sollte. Dieses Verhandlungsergebnis wurde schriftlich festgehalten und von den Streitparteien unterzeichnet.

15

In der Folge sank der Großhandelspreisindex für Stabstahl TC 55 neuerlich, woraufhin die Beklagten wieder versuchten, Preisreduktionen zu erreichen. Ein diesbezügliches Gespräch am 13.6.2005 führte jedoch zu keinem konkreten Ergebnis. Mit Schreiben vom 11.7.2005 verwiesen die Beklagten auf Punkt 2.1 des Auftragschreibens vom 11.8.2005 und vertraten den Standpunkt, dass «eine Senkung des Marktpreises jedenfalls eine Senkung des vereinbarten Einheitspreises bewirke». Sie führten in dem Schreiben weiter an, dass diese Preisanpassungs-

16

regelung einvernehmlich und rechtsverbindlich vereinbart und von der Klägerin ohne Widerspruch akzeptiert worden sei. Die am 29.3.2005 ergänzend getroffene Vereinbarung entspreche nur der vertraglichen Vereinbarung, nach der ersten Preisperiode eine Regelung für die nächste zu treffen. Seither habe sich jedoch der Marktpreis für Stahl drastisch vermindert, sodass dem reduzierten Marktpreis folgend eine entsprechende Senkung des Einheitspreises zu erfolgen habe. Da jedoch diesbezügliche Gespräche mit der Klägerin gescheitert seien, würden die Beklagten rückwirkend ab 29.3.2005 die von der Klägerin verrechneten Preise auf den jeweils gültigen Marktpreis reduzieren und die von der Klägerin gelegten Rechnungen entsprechend anpassen.

Die Klägerin widersprach dieser Vorgehensweise mit Schreiben vom 18.7.2005 und forderte die Beklagten auf, die vorgenommenen Rechnungskorrekturen zu bereinigen. Gleichzeitig sicherte sie den Beklagten jedoch ein Entgegenkommen hinsichtlich der Preise zu und übermittelte den Beklagten in weiterer Folge mit Telefax vom 7.10.2005 einen Vorschlag zur Regelung der bestehenden Differenzen. Darin wurde für die im Zeitraum Mai bis August 2005 ausgelieferten Tonnagen ein Betrag von insgesamt EUR 28.308,16 errechnet. Dieser Vorschlag wurde aber seitens der Beklagten abgelehnt.

17

Am 29.11.2005 kam es schließlich wieder zu einer Besprechung zwischen den Streitparteien, welche am Sitz der Erstbeklagten in Kematen stattfand. Anwesend bei diesem Gespräch waren Daniel R[...] und Erwin W[...] für die Klägerin, Christian M[...], Ing. Wolfram W[...] und Helmut F[...] für die Erstbeklagte und Hermann P[...], Ing. Hansjörg D[...] und Mag. Günther H[...] für die Zweitbeklagte.

18

Zu Beginn der am Nachmittag stattgefundenen Verhandlungen legten in Anwesenheit aller Beteiligten sowohl die Vertreter der Klägerin, als auch die Vertreter der Beklagten ihre jeweiligen Standpunkte dar. Es haftete zu diesem Zeitpunkt ein Betrag von ca. EUR 170.000,-- auf die von der Klägerin gelegten Rechnungen unberichtigt aus. Die Vertreter der Beklagten machten den Vertretern der Klägerin ein Angebot über EUR 40.000,-- als Nachzahlung auf die offenen Forderungen, welches bei diesen zunächst keine Akzeptanz fand. Auch die für das Bauvorhaben Baulos 2 zu diesem Zeitpunkt noch ausständige Restmenge Stahl von ca. 600 Tonnen wurde über Anfrage von Daniel R[...] von Ing. Wolfram W[...] in Anwesenheit aller Beteiligten erläutert.

19

Nachdem keine Einigung erzielt werden konnte, bat Hermann P[...] Daniel R[...] und Christian M[...] hinaus, um in kleinerer Runde eine Lösung zu erarbeiten. In diesem Gespräch präsentierte P[...] Herrn R[...] nochmals den Vorschlag, auf die offenen Forderungen einen Betrag von EUR 40.000,-- nachzuzahlen und beginnend mit Stichtag 16.11.2005 bis zur Fertigstellung des Bauloses 2 für die Lieferungen einen Festpreis von EUR 497,50 pro Tonne Stahl zu bezahlen. Darüber hinaus wurde Herrn R[...] ein Einstiegsrecht über 2000 Tonnen angeboten. Man sprach in weiterer Folge über ein Einstiegsrecht in Höhe von 3000 Tonnen, und als Herr R[...] neuerlich die Minder-Restmenge von ca. 600 Tonnen ins Spiel brachte, wurde dem Gespräch Ing. Hansjörg D[...] hinzugezogen, der diese Minder-Restmenge nochmals bestätigte.

20

Schließlich einigte man sich auf ein Einstiegsrecht über 4000 Tonnen für die Klägerin. Herr R[...] äußerte in weiterer Folge Bedenken hinsichtlich der Formulierung dieses Einstiegsrechtes und für den Fall, dass die Klägerin ohnehin Billigstbieterin sei, woraufhin ihm von Herrn P[...] zugesichert wurde, dass diesfalls keine Anrechnung auf die 4000 Tonnen erfolgen würde. 21

Abschließend einigten sich Herr P[...] und Herr R[...] in Anwesenheit von Herrn D[...] und Herrn M[...] per Handschlag auf eine Nachzahlung in Höhe von netto EUR 40.000,-- durch die Beklagten bei gleichzeitigem Verzicht beider Vertragsparteien auf weitere Forderungen; weiters auf einen ab 16.11.2005 bis zur Fertigstellung des Bauloses 2 für Lieferungen geltenden Festpreis von EUR 497,50 pro Tonne Stahl (ohne Verlegung) und ein von der Klägerin wahrnehmbares Einstiegsrecht über 4000 Tonnen Baustahllieferung, dies befristet auf vier Jahre. Herr R[...] behielt sich die schriftliche Vertragsformulierung dieses Einstiegsrechtes vor und man vereinbarte, dass er die Formulierung mit Herrn P[...] und Herrn M[...] abstimmen werde. Im Gegenzug sollte nach einvernehmlich festgelegter Formulierung dieses Einstiegsrechtes die Überweisung des Nachzahlungsbetrages erfolgen. 22

Nach dem Wiederbetreten des Verhandlungssaales durch die Gesprächsführer der «kleinen Runde» wurde dieses Verhandlungsergebnis von Herrn P[...] nochmals in Anwesenheit aller Beteiligten wiederholt. Gleichzeitig ersuchte er Herrn R[...], den Vertrag über das Einstiegsrecht möglichst rasch auszuformulieren und vorzulegen, was von Herrn R[...] auch zugesichert wurde. Schriftlich festgehalten wurde dieses Verhandlungsergebnis nicht. Herr D[...] verfasste jedoch, ohne dazu aufgefordert worden zu sein, einen Aktenvermerk über die erzielte Einigung, welchen er mit Begleitschreiben vom 1.12.2005 allen Teilnehmern der Verhandlung vom 29.11.2005 zukommen ließ. 23

Dieser Aktenvermerk hatte folgenden Inhalt: 24

«Betreff: Preisdifferenzen Baustahllieferung

Mit Stichtag 15.11.2005 wurden seitens der ARGE für Baustahllieferungen im Zeitraum Mai bis 15.11.2005 Rechnungskorrekturen von in Summe EUR 169.393,38 vorgenommen.

Mit heutiger Besprechung wurden folgende Vereinbarungen geschlossen:

Für Lieferungen ab 16.11.2005 wird ein Festpreis von EUR 497,50 je to (ohne Verlegung) vereinbart. Die verbleibende Restliefermenge wird mit ca. 600 to geschätzt.

Die Firma R[...] erhält von beiden ARGE-Partnern (T[...] A[...] und H[...] & F[...]) ein Einstiegsrecht über in Summe 4.000 to Baustahllieferung befristet auf vier Jahre. Hr. R[...] wird eine entsprechende Vertragsformulierung aufsetzen und mit Hrn. P[...] und Hrn. M[...] abstimmen.

Im Gegenzug wird seitens der A[...] nach einvernehmlich festgelegter Vertragsformulierung ein Betrag von netto EUR 40.000,-- überwiesen.

Nach dieser Regelung werden die oben angeführten Rechnungskorrekturen seitens der Fa. R[...] anerkannt. Beide Vertragspartner verzichten diesbezüglich auf weitere Forderungen.»

- Dieser Aktenvermerk ging bei der Klägerin am 6.12.2005 ein und wurde von Herrn R[...] zum ersten Mal Mitte Dezember 2005 gesehen. Ein Antwortschreiben wurde von diesem allerdings erst am 17.1.2006 verfasst. Darin wurde seitens der Klägerin zum Ausdruck gebracht, dass sie sich mit der Formulierung des Aktenvermerkes über das Gespräch vom 29.11.2005 «in keinsten Weise einverstanden erkläre»; es sei bisher keine Vereinbarung geschlossen, sondern es seien lediglich angedachte Lösungsmöglichkeiten diskutiert worden. Insbesondere könne die Klägerin eine «Benachteiligung in doppelter Hinsicht» nicht hinnehmen. **25**
- Auf diese Stellungnahme antworteten die Beklagten mit Schreiben, dessen tatsächliches Erstellungsdatum nicht festgestellt werden kann, und beharrten darauf, dass die anlässlich der Besprechung vom 29.11.2005 getroffenen Vereinbarungen verbindlich und endgültig seien und der Aktenvermerk vom 1.12.2005 exakt die getroffenen Regelungen bestätige. Abschließend bat man die Klägerin, ihr Schreiben vom 17.1.2006 nochmals zu überdenken. **26**
- In weiterer Folge herrschte zwischen den Streitparteien Funkstille. Erst für August 2006 wurde eine neuerliche Sitzung zur Abklärung der offenen Posten einberufen, zu welcher sowohl Herr R[...], als auch Herr W[...] geladen waren. Seitens der Klägerin nahm jedoch nur Herr W[...] daran teil, welcher mangels Befugnis jegliche Verhandlungen ablehnte. **27**
- Mit Schreiben der Klagsvertreter vom 28.8.2006 wurden schließlich die Beklagten aufgefordert, einen Betrag von EUR 266.794,49 zu bezahlen. Daraufhin wurde mit Schreiben der Rechtsabteilung der Beklagten vom 12.9.2006 die Zahlung eines Betrages von EUR 73.189,37 für Armierungsleistungen zugesichert; hinsichtlich des Restbetrages wurde jedoch auf das Verhandlungsergebnis vom 29.11.2005 ver- und die Klägerin darauf hingewiesen, dass nach Übersendung des ausformulierten Vertrages über das mit der Klägerin vereinbarte Einstiegsrecht der ebenfalls zugesicherte Betrag von EUR 40.000,-- zur Anweisung gebracht werde. **28**
- Bis 15.11.2005 legte die Klägerin den Beklagten die (Anm.: im Einzelnen angeführten) streitgegenständlichen Rechnungen, die hinsichtlich der Differenzbeträge durch die Beklagten nicht bezahlt wurden. **29**
- In seiner rechtlichen Beurteilung führte das Erstgericht zusammengefasst aus, zwischen den Streitparteien sei die Ö-Norm B 2110 vereinbart worden. Diese stehe nicht im Widerspruch zu den Auftragsgrundlagen, sondern sie ergänze das Auftragschreiben lediglich. In der Besprechung vom 29.11.2005 sei es zur festgestellten Vereinbarung gekommen. Dem von den Beklagten diesbezüglich erstellten, eine schriftliche Bestätigung dieser Vereinbarung darstellenden Aktenvermerk habe die Klägerin nicht innerhalb angemessener Frist im Sinne der Ö-Norm B 2110 widersprochen. Das Klagebegehren bestehe daher nicht zu Recht. **30**
- Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin eine Berufung, in der sie die Abänderung der angefochtenen Entscheidung im Sinne einer Klagsstattgebung beantragte; hilfsweise wurde ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt. **31**
- Die Beklagten beantragten in ihrer Berufungsbeantwortung, dem Rechtsmittel der Gegenseite nicht Folge zu geben. **32**

Die Berufung ist nicht berechtigt.

33

1) Zur Beweisrüge:

Die Klägerin bekämpft die im Fettdruck wiedergegebenen Feststellungen über die anlässlich der Besprechung vom 29.11.2005 getroffene Vereinbarung. Sie strebt stattdessen folgende Feststellungen an:

34

*«Eine Einigung über die von den Beklagten vorgenommenen Rechnungsabzüge konnte bei der Besprechung am 29.11.2005 **nicht** erzielt werden.*

*Es sollte daher von Herrn R[...] ein Vorschlag für eine außergerichtliche Lösung bezüglich der seitens der Beklagten vorgenommenen Rechnungsabzüge unterbreitet werden. Dem vom Zeugen D[...] angefertigten Aktenvermerk, welcher mit Begleitschreiben vom 1.12.2005 der Klägerin am 6.12.2005 mittels Telefax übermittelt wurde, ist eine abschließende Einigung der anwesenden Zeugen W[...], H[...], D[...], P[...], M[...], F[...], W[...] und R[...], und damit zwischen den Streitparteien **nicht** zu entnehmen.»*

Dazu wird ausgeführt, das Erstgericht habe seine Feststellungen ausschließlich auf die Angaben der von den Beklagten namhaft gemachten Zeugen gestützt und es habe lediglich überprüft, ob der Wortlaut der Zeugenaussagen mit dem Vorbringen der Beklagten übereinstimmt. Bei richtiger Beweiswürdigung müsse jedoch darauf Bedacht genommen werden, ob die Darstellungen im Einklang mit den Urkunden und den übrigen Beweisergebnissen stehen. Mehrere Argumente sprächen gegen die Beweiswürdigung des Erstgerichtes. Zunächst sei zu berücksichtigen, dass die Beklagten vorsätzlich und bewusst ab Juli 2005 (rückwirkend mit 29.3.2005) die Vereinbarung vom 29.3.2005 gebrochen hätten. Wer unverblümt Verträge breche, dem könne nach der allgemeinen Lebenserfahrung auch eine unrichtige Aussage vor Gericht zugetraut werden.

35

Zu hinterfragen sei auch, warum für die Beklagten bei der Besprechung vom 29.11.2005 gleich sechs Personen eingeschritten seien. Aus verhandlungstechnischer Sicht sei eine derartige Anzahl von Personen nicht geboten gewesen. Es liege daher der Verdacht nahe, dass die Beklagten von vorneherein auf eine zahlenmäßige Überlegenheit Bedacht genommen hätten, um später Beweise für einen (möglicherweise nicht oder nicht in dieser Form stattgefundenen) bestimmten Sachverhalt anbieten zu können. Weiters sei zu berücksichtigen, dass die angeblich getroffene Einigung vom 29.11.2005 nicht schriftlich festgehalten worden sei. Eine plausible Begründung dafür hätten die Zeugen der Beklagten nicht geben können. Dabei dürfe auch nicht außer Acht gelassen werden, dass alle vorherigen Vertragsänderungen jeweils schriftlich festgehalten und beidseits unterschrieben worden seien. Dass man diese Schriftform gerade bei einer derart wichtigen Vertragsänderung außer Acht lassen würde, wenn man eine mühevollte Einigung getroffen hätte, sei völlig unglaubwürdig.

36

Das Erstgericht habe auch nicht nachvollziehbar begründen können, warum die Klägerin eine derartige Vereinbarung überhaupt schließen hätte sollen. Da aufgrund der Vereinbarung vom 29.3.2005 eine Preisbindung bis 31.3.2006 gegeben gewesen sei, habe weder eine Veranlassung, noch eine Notwendigkeit zu einer neuerlichen Vereinbarung eines Fest- bzw. Fixpreises

37

bestanden. Dies noch dazu in dem Sinne, dass die Klägerin bei der von den Beklagten behaupteten Vereinbarung auf eine Forderung von rund EUR 130.000,-- ohne entsprechende Gegenleistung verzichtet und die von den Beklagten vorgenommenen Rechnungskorrekturen mithin schlichtweg grundlos anerkannt hätte. Letztlich hätte die behauptete Einigung bedeutet, dass die Klägerin kostenlos etwa 261 Tonnen Stahl zur Verfügung stellen hätte müssen, dies noch unter dem zusätzlichen Umstand, dass sie Vorleistungen, nämlich in Form der Formulierung eines Einstiegsrechtes, erbringen hätte müssen. Wirtschaftlich absurd sei jedenfalls die Annahme, es sei sogar die Zahlung von EUR 40.000,-- davon abhängig gemacht worden, dass die Klägerin ein Einstiegsrecht formuliert, welches sie ohnedies begünstigen hätte sollen. Zu berücksichtigen sei auch, dass die Klägerin stets nur zu geringfügigen Nachlässen bzw. zu einem geringfügigen Abweichen von den vereinbarten Preisen bereit gewesen sei. Dass sie in der Folge, obwohl sich inhaltlich an den Umständen nichts verändert hätte, eine im Sinne der Vorstellungen der Beklagten derart großzügige Lösung – zumal mündlich – vereinbart hätte, widerspreche nicht nur jeglicher Lebenserfahrung, sondern auch jedem kaufmännischen Denken.

Auch die Beklagten seien nach der Übersendung des Aktenvermerkes und der Reaktion der Klägerin nicht davon ausgegangen, dass eine abschließende Regelung bzw. eine wirksame Vertragsänderung erfolgt wäre. Anders wäre nicht erklärbar, dass die Beklagten mit Schreiben vom 31.7.2006 die Klägerin «zur endgültigen Abklärung der offenen Posten» zur Teilnahme an einer Besprechung ersucht habe. Im Übrigen seien die Aussagen der Zeugen W[...] und R[...] glaubwürdiger als jene der Zeugen der Beklagten, zumal am 29.11.2005 die Mindermengen noch nicht abschließend beurteilt werden hätten können. Das seitens der Beklagten vorgeschlagene Einstiegsrecht hätte die eigenmächtige Preisreduktion und die – in der Folge auch tatsächlich festgestellte – Mindermenge nicht wettmachen können. Nur durch zusätzliche Aufträge, bei welchen der Preis nicht fremd bestimmt gewesen wäre, hätte die damit einhergehende Gewinneinbuße egalisiert werden können. Es sei daher einleuchtend, dass R[...] und W[...] den Vorschlag der Beklagten am 29.11.2005 aus einfachen kaufmännischen Überlegungen heraus nicht akzeptieren hätten können, sodass es letztlich bei diesem Termin zu keiner Einigung gekommen sei.

Die Unrichtigkeit der angefochtenen Feststellungen ergebe sich überdies bereits aus der Formulierung im Aktenvermerk «**Nach dieser Regelung** werden die oben angeführten Rechnungskorrekturen seitens der Firma R[...] anerkannt ... ». Nach dem klaren Wortlaut des Aktenvermerkes sollte es zu einem Anerkenntnis von Rechnungskorrekturen erst dann kommen, wenn eine schriftliche vertragliche Formulierung über ein Einstiegsrecht zwischen R[...], P[...] und M[...] getroffen und überdies der Betrag von EUR 40.000,-- bezahlt worden wäre. Eine andere Auslegung des Wortlautes des Aktenvermerkes komme für einen redlichen Erklärungsempfänger nicht in Betracht. Jedenfalls stehe der Inhalt der Aussagen der Mitarbeiter der Beklagten im Widerspruch zu allen vorliegenden Urkunden und den wirtschaftlich-logischen Denkgesetzen bzw. der allgemeinen Erfahrung. Die Unhaltbarkeit ihres Standpunktes sei den Beklagten durchaus nicht unbewusst gewesen, seien sie doch immerhin in der mündlichen Streitverhandlung vom 27.2.2007 bereit gewesen, bis auf EUR 20.000,-- den Klagsbetrag zu bezahlen.

Diese Argumente können nicht überzeugen.

38

39

40

Zurückgewiesen werden muss zunächst die Schlussfolgerung, den Mitarbeitern der Beklagten sei eine falsche Zeugenaussage zuzutrauen, weil die Beklagten den Vertrag mit der Klägerin gebrochen hätten. Zum einen haben insbesondere die Zeugen Ing. W[...], F[...], Mag. H[...] und Ing. D[...] mit Sicherheit nicht selbst einen mit der Klägerin bestehenden Vertrag gebrochen, weil sie bei den Beklagten Funktionen innehaben, die zweifellos nicht mit einer derartigen Entscheidungskompetenz einhergehen. Ein Bauleiter (Ing. W[...]) oder ein Buchhalter (Helmut F[...]) verfügen beispielsweise offenkundig nicht über das Pouvoir zu entscheiden, ob eine Rechnung eines Geschäftspartners der Beklagten ganz oder nur teilweise zu bezahlen ist. Eine derart wichtige und folgenschwere Geschäftsentscheidung kommt wohl nur den Geschäftsführern der Beklagten zu.

41

Zum anderen darf nicht übersehen werden, dass die Mitarbeiter der Beklagten als Zeugen vernommen wurden und daher unter Wahrheitspflicht standen. Aus diesem Grund können ihre Aussagen ohne irgendeinen Anhaltspunkt nicht nur deshalb als unglaubwürdig abgetan werden, weil sie Dienstnehmer der Beklagten sind. Schließlich ist in diesem Zusammenhang auch zu berücksichtigen, dass die Beklagten aus ihrer Sicht keinen Vertragsbruch begangen haben. Feststellungsgemäß waren nämlich die Beklagten der Rechtsmeinung, der von ihnen zu bezahlende Stahlpreis richte sich nach der getroffenen Vereinbarung nach dem Großhandelspreisindex, sodass bei einem fallenden Großhandelspreis von ihnen der Klägerin ein entsprechend verminderter Preis zu bezahlen sei. Dieser Rechtsstandpunkt war aufgrund der vereinbarten Regelung, dass eine Reduktion des Stahlpreises auch eine Senkung des Einheitspreises bedingen sollte, nicht völlig unhaltbar. Von einem vorsätzlichen und bewussten Vertragsbruch der Beklagten kann aufgrund dieser Umstände nicht gesprochen werden.

42

Es mag durchaus sein, dass die Geschäftsführer der Beklagten zur Besprechung vom 29.11.2005 deshalb vier Mitarbeiter zugezogen haben, um später über entsprechende Beweismittel hinsichtlich des Besprechungsinhaltes zu verfügen. Dieses Motiv ist jedoch im Geschäftsverkehr durchaus legitim und kann nicht dazu führen, dass aus diesem Grund den Aussagen der bei der Besprechung anwesenden Zeugen die Beweiskraft abgesprochen wird. Im Übrigen kann davon ausgegangen werden, dass die auf Seiten der Klägerin bei dieser Besprechung einschreitenden Personen, die zweifellos im Geschäftsverkehr erfahren sind, diese Absicht der Beklagten erkannt haben oder durchschauen hätten können. Es wäre ihnen daher auch leicht möglich gewesen, der zahlenmäßigen Überlegenheit der Gegenseite durch Verfassung eines schriftlichen, von allen Anwesenden unterfertigten Gesprächsprotokolls zu begegnen.

43

Ganz allgemein ist der Argumentation der Klägerin in diesem Punkt entgegenzuhalten, dass Zeugenaussagen wohl nicht nur deshalb unglaubwürdig sein können, weil sie inhaltlich übereinstimmen.

44

Der Einwand der Klägerin, gegen die angeblich getroffene Einigung spreche, dass diese nicht sogleich schriftlich festgehalten wurde, ist zwar nicht von der Hand zu weisen. Wenn man sich aber die von den Zeugen und den Geschäftsführern der Beklagten geschilderte Situation vor Augen hält, dass nach mühevollen Verhandlungen eine Einigung erzielt wurde, die von den Verantwortlichen der Streitteile mit Handschlag besiegelt und sodann dem Plenum mitgeteilt wurde, dann wird durchaus verständlich, dass man eine sofortige schriftliche Fixierung der

45

erzielten Vereinbarung nicht für wichtig erachtet hat. Dies wurde vom Zeugen D[...] und vom Geschäftsführer der Zweitbeklagten nachvollziehbar auch so geschildert.

Darüber hinaus ist in diesem Kontext auch zu berücksichtigen, dass frühere Vertragsänderungen wohl teilweise schriftlich fixiert wurden, es ist aber auch vorgekommen, dass mündliche Vereinbarungen nicht schriftlich festgehalten wurden. Dies ergibt sich beispielsweise aus der Urkunde Beilage 19 und im Zusammenhang mit diesem Schreiben auch aus der Aussage des Zeugen R[...]. Außerdem hat das Erstgericht (unbekämpft) festgestellt, dass es zwischen den Streitparteien trotz der vereinbarten Schriftform mündliche Vereinbarungen gegeben hat.

46

Soweit die Klägerin herauszustreichen versucht, sie hätte aus kaufmännischer Sicht und nach der Lebenserfahrung keine Veranlassung gehabt, die festgestellte – großzügige – Vereinbarung zu treffen und diesbezüglich sogar eine Vorleistung, nämlich die vertragliche Formulierung eines Einstiegsrechtes, zu übernehmen, kann dem nicht gefolgt werden. Es ist schon richtig, dass die Klägerin die Preisvereinbarung vom 29.3.2005 für sich hatte. Nicht übersehen werden darf aber, dass die Beklagten vehement den Standpunkt vertreten haben, der von ihnen zu bezahlende Stahlpreis sei vertragsgemäß an den damals gesunkenen Großhandelspreisindex anzupassen. Diese Rechtsansicht, die zwar offenkundig von der Klägerin nicht geteilt wurde, war jedoch ausgehend vom Vertragsinhalt nicht völlig aus der Luft gegriffen. Zwischen den Streitparteien bestand daher eine diametral verschiedene Auffassung darüber, wie die Preisgestaltung zu erfolgen hat. Eine Klärung dieser völlig unterschiedlichen Ansichten hätte mangels einer Einigung sicherlich eines Gerichtsverfahrens bedurft. Da zwischen den Streitparteien, wie der Zeuge Daniel R[...] selbst hervor hob, eine an sich gute Geschäftsverbindung bestand, ist bei praxisnaher Betrachtung durchaus nachvollziehbar, dass die Klägerin an einer gütlichen Einigung mit den Beklagten interessiert und letztlich auch zu einem weitreichenden Zugeständnis bereit war.

47

Dazu kommt noch, dass die Klägerin keineswegs – wie sie nunmehr zu vermitteln versucht – ganz einseitig und ohne jegliche Gegenleistung einer Forderungsreduktion um rund EUR 130.000,-- zugestimmt hätte, sondern es sind ihr die Beklagten auch entgegengekommen, indem sie ihr ein Einstiegsrecht zusagten. Dass dieses Einstiegsrecht für die Klägerin gänzlich uninteressant gewesen wäre, wie der Zeuge R[...] deponierte, kann nicht nachvollzogen werden. Immerhin bedeutete eine derartige Vereinbarung für die Klägerin eine gesicherte Vertragsoption, mit der sie die Chance erhielt, über einen Zeitraum von immerhin vier Jahren von ihr ausverhandelte 4000 Tonnen Stahl an die Beklagten zu liefern. Diese Lieferungen könnten zwar nur zum Bestpreis erfolgen, der Vorteil für die Klägerin wäre aber sicher darin gelegen, dass sie den Bestpreis eines Mitbewerbers nicht unterbieten muss, um zum Zug zu kommen. Darüber hinaus wurde auch vereinbart, dass das entsprechende Stahlkontingent auf die vereinbarten 4000 Tonnen nicht angerechnet wird, wenn die Klägerin von vorneherein Bestbieterin ist. Dieses Einstiegsrecht ist daher keineswegs – wirtschaftlich gesehen – uninteressant und bietet somit eine Erklärung dafür, dass die Klägerin zu einem deutlichen Forderungsnachlass bereit war. Eine «Vorleistung» wurde der Klägerin nicht aufgezwungen. Feststellungsgemäß war es der Zeuge Daniel R[...], der Bedenken hinsichtlich der Formulierung des Einstiegsrechtes geäußert hat. Unter diesem Gesichtspunkt stellte es ein Entgegenkommen der Geschäftsführer der Beklagten dar, dass sie dem Zeugen R[...] die schriftliche Ausformulierung des Einstiegsrechtes überlassen haben.

48

Dass die Beklagten die Klägerin mit Schreiben vom 31.7.2006 (Beilage M) um Teilnahme an einer Besprechung «zur endgültigen Abklärung der offenen Posten» ersucht haben, spricht nicht gegen den Standpunkt der Beklagten, denn zu dieser Zeit bestanden ja zwischen den Streitparteien erhebliche Differenzen darüber, ob es am 29.11.2005 tatsächlich zu einer Vereinbarung gekommen ist. Offensichtlich wollten die Beklagten mit dem erwähnten Schreiben zum Ausdruck bringen, dass bei einer persönlichen Besprechung diese Differenzen bereinigt werden sollen.

49

Nicht zielführend ist das Argument der Klägerin, gegen die Vereinbarung vom 29.11.2005 spreche, dass damals die Mindermengen bezüglich des gegenständlichen Auftrages noch nicht abschließend beurteilt werden hätten können; das von den Beklagten vorgeschlagene Einstiegsrecht hätte die eigenmächtige Preisreduktion und Mindermenge nicht wettmachen können. Bei den diesbezüglichen Berufungsausführungen wird außer Acht gelassen, dass gerade die noch ausständige Restmenge Stahl von ca. 600 Tonnen bei der Besprechung vom 29.11.2005 von den Vertretern der Klägerin relativiert wurde und genau dieser Einwand – wie das Erstgericht festgestellt hat – dazu geführt hat, dass das von den Beklagten angebotene Einstiegsrecht über zunächst nur 2000 Tonnen schließlich auf 4000 Tonnen erhöht wurde.

50

Nicht beigetreten werden kann der Interpretation des Aktenvermerkes vom 1.12.2005 durch die Klägerin. Aus der Formulierung «**Nach dieser Regelung** werden die oben angeführten Rechnungskorrekturen seitens der Firma R[...] anerkannt ... » kann keinesfalls abgeleitet werden, dass es zu einem Anerkenntnis von Rechnungskorrekturen erst dann kommen sollte, wenn die schriftliche vertragliche Formulierung über das Eintrittsrecht vorliegt und der Betrag von EUR 40.000,-- bezahlt ist. Das Wort «nach» bedeutet, wie sich aus dem gesamten inneren Zusammenhang des Aktenvermerkes ergibt, nicht eine zeitliche Nachordnung, sondern es sollte zum Ausdruck bringen, dass entsprechend der wiedergegebenen Vereinbarung die Rechnungskorrekturen der Beklagten von der Klägerin anerkannt werden.

51

Was schließlich die Berufungsausführungen über die Glaubwürdigkeit der Zeugen R[...] und W[...] anlangt, so kann auch diesen nicht gefolgt werden, weil diese Zeugenaussagen wesentlich weniger innere Wahrscheinlichkeit für sich haben, als die Schilderungen der Zeugen der Beklagtenseite und jene ihrer Geschäftsführer.

52

Nach der Darstellung der Zeugen W[...] und R[...] habe man bei der Besprechung vom 29.11.2005 keine Einigung erzielt, es sei aber ausgemacht worden, dass Daniel R[...] eine Gesamtlösung erarbeitet. Wenn man bedenkt, dass der Besprechung monatelange Differenzen zwischen den Streitparteien vorausgegangen sind und auch bei der Besprechung selbst mehrere Stunden lang diskutiert wurde, dann erscheint es nicht lebensnah, dass sich die Geschäftsführer der Beklagten darauf eingelassen hätten, dass Daniel R[...] irgendwann einmal einen einseitigen Lösungsvorschlag unterbreitet, mit dem man dann zweifellos wieder am Beginn der Diskussionen gestanden wäre. Schon vom Aufwand aus betrachtet, der mit der Besprechung vom 29.11.2005 verbunden war, kann davon ausgegangen werden, dass es Ziel aller Beteiligten war, gemeinsam zu einer Lösung zu finden. Dass es die Geschäftsführer der Beklagten als Ergebnis dieser Besprechung dem Zeugen R[...] einfach überlassen hätten, eine Gesamtlösung auszuarbeiten, widerspräche jeglicher lebensnaher Betrachtung. Dazu kommt noch, dass die

53

monatelangen Querelen zwischen den Streitparteien sicher nach einer alsbaldigen Klärung verlangt haben. Nach der Version der Zeugen R[...] und W[...] wäre aber nicht einmal ein zeitlicher Rahmen für das von R[...] zu erstellende Gesamtlösungskonzept gesteckt worden. Auch dies spricht gegen die Schilderung dieser beiden Zeugen.

Unfair, aber auch nicht zielführend ist der Hinweis der Klägerin auf den Inhalt der im gegenständlichen Verfahren geführten Vergleichsgespräche. Ein Vergleich bedeutet immer ein gegenseitiges Nachgeben und Abrücken vom jeweils eingenommenen Standpunkt. Die Vergleichsbereitschaft einer Partei in einem Gerichtsverfahren darf daher nicht dazu führen, dass sie als Grundlage für rechtlich nachteilige Feststellungen verwendet wird. Darüber hinaus fanden im vorliegenden Verfahren die Vergleichsgespräche noch vor der Vernehmung der Zeugen und der Geschäftsführer der Beklagten statt. Zum Zeitpunkt dieser Vergleichsverhandlungen sprachen somit für die Prozessbehauptungen der Beklagten keine für sie günstigen Beweisergebnisse. Bei diesem Verfahrensstand können daher von den Beklagten gemachte Vergleichsanbote keinesfalls als Zugeständnis an die Richtigkeit des Standpunktes der Klägerin gewertet werden.

54

Abschließend ist auf einen gewichtigen Umstand zu verweisen, der gegen die Klägerin spricht. Feststellungsgemäß ist der Aktenvermerk des Zeugen D[...] vom 1.12.2005 bei ihr am 6.12.2005 eingegangen und wurde von Daniel R[...] zum ersten Mal Mitte Dezember 2005 gesehen. Erst mit Schreiben vom 17.1.2006 hat Daniel R[...] auf diesen Aktenvermerk reagiert. Wenn der Aktenvermerk tatsächlich die Besprechung vom 29.11.2005 inhaltlich nicht richtig wiedergegeben und wahrheitswidrig eine Einigung festgehalten hätte, dann wäre völlig unverständlich, warum der Vertreter der Klägerin so lange Zeit verstreichen hat lassen, bis er auf dieses Schriftstück geantwortet hat. Hätte der Aktenvermerk nicht den Tatsachen entsprochen, so wäre es naheliegend gewesen, dass er diesem – zumindest mit einem E-Mail – sofort widerspricht. Die Begründung des Zeugen R..., warum er erst am 17.1.2006 geantwortet hat, ist nicht nachvollziehbar. Um der im Aktenvermerk festgehaltenen Einigung zu widersprechen, hat es wohl nicht einer Rücksprache mit dem Zeugen W[...] bedurft. Wenn tatsächlich bei der Besprechung vom 29.11.2005 keine Vereinbarung getroffen worden wäre, so hätte dies Daniel R[...] doch nicht erst beim Zeugen W[...] verifizieren müssen und es hätte auch keinen Grund für eine Besprechung mit Wallmann über eine weitere Vorgangsweise gegeben. Auch der Hinweis auf die stressige Weihnachtszeit greift hier nicht, denn ein mit einem E-Mail übermittelter Widerspruch hätte wohl keines besonderen Zeitaufwandes bedurft.

55

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Klägerin auch mit ihren umfangreichen Ausführungen in der Beweistrüge Bedenken gegen die Richtigkeit der bekämpften Feststellungen nicht zu wecken vermag, sodass dieser von ihr herangezogene Berufungsgrund nicht berechtigt ist.

56

2) Zur Rechtsrüge:

Erstmals im Berufungsverfahren wird von der Klägerin releviert, dass im vorliegenden Fall das UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG), insbesondere aufgrund der Bestimmung des Art. 3, anzuwenden sei. Unter Bedachtnahme auf Art. 29 Abs. 2 CISG sei die festgestellte Vereinbarung nicht formgerecht erfolgt, sodass sie schon aus diesem Grunde unwirksam sei. Selbst wenn

57

das UN-Kaufrechtsübereinkommen nicht zur Anwendung gelange, so sei die Vereinbarung vom 29.11.2005 auch ausgehend von der zwischen den Streitparteien getroffenen Schriftformvereinbarung formunwirksam, wobei in diesem Zusammenhang die Ö-Norm B 2110 (Punkt 5.5) hier nicht maßgeblich sei, weil sie nur subsidiär gelte. Darüber hinaus sei auch ausgehend von den Feststellungen im Ersturteil am 29.11.2005 keine rechtsgültige Vereinbarung zustande gekommen, weil über das Einstiegsrecht wohl verhandelt, darüber aber keine vollständige Einigung erzielt worden sei. Damit sei jedoch in einem Hauptpunkt oder zumindest in einem relevierten Nebenpunkt keine Willensübereinstimmung zustande gekommen, sodass insgesamt keine wirksame Vertragsänderung vorliege. Schließlich hätte auch das Einstiegsrecht erst vollständig ausformuliert und von den Beklagten der Betrag von EUR 40.000,-- bezahlt werden müssen, damit die Vereinbarung wirksam geworden wäre. Diese Bedingungen seien jedoch nicht erfüllt worden, weshalb die Klägerin einen Anspruch auf vollständige Bezahlung ihrer Rechnungen habe. Zumindest habe sie jedoch einen Anspruch auf den Betrag von netto EUR 40.000,--.

Zu diesen Ausführungen ist zunächst festzuhalten, dass das UN-Kaufrechtsübereinkommen grundsätzlich – als Teil der österreichischen Rechtsordnung – von der Rechtswahl mitumfasst ist. Die Parteien, die seine Anwendung nicht wollen, müssen eine entsprechende ausdrückliche oder stillschweigende Ausschlussvereinbarung treffen (RIS-Justiz RS0115967).

58

Entsprechend einer Außerstreitstellung im Berufungsverfahren steht fest, dass sich im Auftragsschreiben der Beklagten vom 11.8.2004 die Klausel findet «Es gilt österreichisches Recht». Da dieses Auftragsschreiben feststellungsgemäß primäre Vertragsgrundlage ist, haben die Streitparteien sohin im Sinne des anzuwendenden Art. 3 Abs. 1 EVÜ eine Rechtswahl (auf österreichisches Recht) getroffen. Da eine entsprechende Ausschlussvereinbarung von den Parteien nicht einmal behauptet wurde, ist für das gegenständliche Verfahren grundsätzlich auch das UN-Kaufrechtsübereinkommen relevant.

59

Ob das CISG allerdings tatsächlich hier anzuwenden ist, kann jedoch aufgrund des bisherigen Verfahrensstandes nicht abschließend beurteilt werden. Zwischen den Streitparteien wurde jedenfalls kein reiner Kaufvertrag abgeschlossen. Nach Art. 3 Abs. 1 UN-K stehen zwar den Kaufverträgen Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Waren gleich, es sei denn, dass der Besteller einen wesentlichen Teil der für die Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung zu stellen hat. Typengemischte Verträge unterliegen aber dann nicht dem Anwendungsbereich des UN-Kaufrechtsübereinkommens, wenn der Anteil der kauffremden Vertragspflichten wertmäßig oder nach dem Parteiinteresse deutlich überwiegt. Entscheidend ist das Verhältnis kaufvertragsfremder zu kaufvertragstypischen Pflichten im Einzelfall (4 Ob 179/05k m.w.N.). Für die Frage, ob die Arbeits- und Dienstleistungsanteile eines derart gemischten Vertrages die kaufvertragliche Komponente überwiegen, ist nicht bloß das quantitative Wertverhältnis entscheidend. Es sind im Einzelfall auch andere Komponenten zu berücksichtigen, wie insbesondere das Interesse, das die Vertragspartner im Hinblick auf die übrigen Leistungselemente haben (*Posch* in Schwimann³, Rz. 4 zu Art. 3 UN-K).

60

Im gegenständlichen Fall steht zwar fest, dass der Preis für das Verlegen der Stabstahlelemente wesentlich geringer war als der Preis für die Stahllieferung. Dies allein ist

61

aber, wie aus der erläuterten Rechtslage deutlich wird, nicht ausreichend, um beurteilen zu können, ob das kaufvertragliche oder das kauffremde Element des vorliegenden Vertrages überwiegt. Letztlich kann aber offen bleiben, ob das UN-Kaufrechtsübereinkommen anzuwenden ist oder nicht, weil man – wie aus den nachstehenden rechtlichen Überlegungen hervorkommen wird – zum selben rechtlichen Ergebnis kommt, wenn man vom UN-Kaufrechtsübereinkommen oder vom sonstigen österreichischen Recht ausgeht.

Nach Art. 29 Abs. 2 UN-K darf ein Vertrag nicht auf andere Weise geändert oder aufgehoben werden, wenn ein schriftlicher Vertrag eine Bestimmung enthält, wonach jede Änderung oder Aufhebung durch Vereinbarung schriftlich zu erfolgen hat. Wird in einem schriftlichen Kaufvertrag oder einem unter Art. 3 Abs. 1 UN-K unterliegenden schriftlichen Vertrag vereinbart, dass dieser nur durch schriftliche Vereinbarung abgeändert oder aufgehoben werden kann, dann sind mündliche Änderungs- oder Aufhebungsvereinbarungen ohne rechtliche Wirkung.

62

Art. 29 Abs. 2 UN-K definiert aber nicht, was unter einer schriftlichen Änderungs- oder Aufhebungsvereinbarung zu verstehen ist; in welcher Form also die Schriftlichkeit zu erfolgen hat, geht aus dieser Norm nicht hervor. Art. 13 UN-K ergänzt jedoch in dieser Hinsicht Art. 29 Abs. 2 UN-K dahingehend, dass für die Zwecke des CISG der Ausdruck «schriftlich» auch Mitteilungen durch Telegramm oder Fernschreiben erfasst. Es kann also auch durch eine einseitig (etwa durch Telefax oder Telegramm) festgehaltene Änderungs- oder Aufhebungsvereinbarung die vertraglich vereinbarte Schriftform im Sinne des Art. 29 Abs. 2 UN-K gewahrt werden.

63

Entscheidend ist aber in jedem Fall, was die Parteien selbst als Schriftform vorgeschrieben haben und wie die Formvereinbarung unter Anwendung von Art. 8 UN-K auszulegen ist (*Schlechtriem/Schwenzer*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht⁴, Rz. 2 zu Art. 13; *Schlechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht³, Rz. 67).

64

Im gegenständlichen Fall enthält die zwischen den Streitparteien vereinbarte Schriftformklausel die Bestimmung, dass Abänderungen und Ergänzungen des Auftragsschreibens und seiner Bestandteile zu ihrer Rechtswirksamkeit der schriftlichen Bestätigung beider Vertragsparteien bedürfen. Nach dieser Vertragsbestimmung würde also eine einseitige schriftliche Bestätigung einer Abänderungs- oder Ergänzungsvereinbarung im Sinne des Art. 13 UN-K zur Einhaltung der vereinbarten Schriftform nicht genügen.

65

Vertragsbestandteil ist aber nicht nur das Auftragsschreiben der Beklagten, das diese Schriftformklausel enthält, sondern auch die Ö-Norm B 2110, die in ihrem Punkt 5.5 festlegt, dass das Erfordernis der Schriftlichkeit auch dann als erfüllt gilt, wenn mündliche Vereinbarungen nachträglich von einem Vertragspartner binnen angemessener Zeit schriftlich bestätigt werden und der andere Vertragspartner nicht innerhalb angemessener Frist widerspricht. Nun geht zwar das Auftragsschreiben der Beklagten bei Widersprüchen vereinbarungsgemäß der Ö-Norm B 211 O vor. Die Bestimmung des Punktes 5.5 der Ö-Norm B 211 O steht aber nicht im Widerspruch zur Schriftformklausel im Auftragsschreiben, sondern es ergänzt die Ö-Norm in diesem Punkt die Schriftlichkeitsvereinbarung. Diese Vereinbarung ist also dahingehend auszulegen, dass zwar grundsätzlich eine Vertragsänderung oder -ergänzung der schriftlichen Bestätigung beider Vertragspartner bedarf, dass das Schriftformgebot aber auch dann ge-

66

wahrt ist, wenn eine mündliche Vereinbarung nachträglich von einem Vertragspartner schriftlich bestätigt wird und vom anderen dagegen kein Widerspruch erhoben wird. Die beiden Vertragsbestandteile können also ohne Weiteres nebeneinander bestehen und schließen einander keineswegs aus. Punkt 5.5 der Ö-Norm B 2110 schwächt zwar das in Punkt 12 des Auftragschreibens enthaltene Formgebot ab, geht aber inhaltlich nicht von der Zweiseitigkeit desselben ab, weil eine bloß einseitige schriftliche Bestätigung einer Vertragsänderung – wie sie Art. 13 UN-K erlauben würde – zur Formeinhaltung nicht genügt; zur Formeinhaltung bedarf es vielmehr insofern auch der Mitwirkung des zweiten Vertragspartners, als dieser binnen einer angemessenen Frist einen Widerspruch gegen die nachträgliche schriftliche Bestätigung einer Vertragsänderung durch den anderen Vertragspartner unterlässt.

Entsprechend dieser Vertragsauslegung wird also der Schriftform des Art. 29 Abs. 2 UN-K im vorliegenden Fall auch Genüge getan, wenn eine mündlich vereinbarte Vertragsänderung von einem Vertragspartner – vom anderen Vertragspartner unwidersprochen – nachträglich schriftlich bestätigt wird. 67

Hinsichtlich der zwischen den Streitteilen zustande gekommenen Vereinbarung vom 29.11.2005 haben die Beklagten nachträglich den Aktenvermerk vom 1.12.2005 angefertigt. Dieser ist der Klägerin am 6.12.2005 zugegangen, sie hat aber erst mit Schreiben vom 17.1.2006 dagegen einen Widerspruch erhoben. Dieser Widerspruch ist jedoch nicht innerhalb einer angemessenen Frist erfolgt, weil in der schnelllebigen Bauwirtschaft, in der rasche Entscheidungen notwendig und üblich sind, ein Zeitraum von fast 6 Wochen für ein Antwortschreiben auf die schriftliche Fixierung einer mündlich getroffenen Vereinbarung als zu lang gewertet werden muss. Die verspätete Abgabe eines Widerspruches gegen den schriftlichen Aktenvermerk der Beklagten vom 1.12.2005 hat sohin nach Punkt 5.5 der Ö-Norm B 211 0 zur Folge, dass für die in der Besprechung vom 29.1.2005 vereinbarten Vertragsänderungen die Schriftform im Sinne des zwischen den drei Streitteilen abgeschlossenen Vertrages und demzufolge auch nach Art. 29 Abs. 2 UN-K gewahrt wurde. 68

Zu keinem anderen Ergebnis kommt man, wenn man nicht das UN-Kaufrechtsübereinkommen anwendet, sondern auf die sonstigen Bestimmungen des österreichischen Rechtes Bedacht nimmt. 69

Nach § 886 ABGB kommt ein Vertrag, für den der Parteiwille Schriftlichkeit bestimmt, durch die Unterschrift der Parteien zustande. Schriftlichkeit bedeutet also gemäß der Legaldefinition des § 886 ABGB im Regelfall eigenhändige Unterfertigung eines Textes mit dem Namenszug, also Unterschriftlichkeit (RIS-Justiz RS0017232, RS0078934). Bei einer gewillkürten Schriftform ist aber § 866 ABGB nur eine Zweifelsregel (*Rummel* in *Rummel*, ABGB³, Rz. 1 zu § 886). Im Rahmen der Privatautonomie können die Vertragsparteien jederzeit eine andere Form der Schriftlichkeit vereinbaren. Genau dies ist hier der Fall. Es wurde zwar grundsätzlich vereinbart, dass eine Vertragsänderung und -ergänzung zu ihrer Rechtswirksamkeit der schriftlichen Bestätigung beider Vertragspartner bedarf. Ergänzend dazu wurde jedoch entsprechend der einen Vertragsbestandteil bildenden Ö-Norm B 2110 vereinbart, dass das Erfordernis der Schriftlichkeit auch dann als erfüllt gilt, wenn eine mündliche Vereinbarung nachträglich von einem Vertragspartner schriftlich bestätigt wird und der andere Vertragspartner dagegen nicht innerhalb einer angemessenen Frist widerspricht. 70

Im Übrigen kann von einer vereinbarten Schriftform einverständlich sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend jederzeit abgegangen werden (RIS-Justiz RS0014378, RS0038673). Dies gilt selbst für den – hier vorliegenden – Fall, dass die Parteien die Schriftform auch für das Abgehen vom Erfordernis der Schriftlichkeit vereinbart haben (5 Ob 37/06m m.w.N.). **71**

Von einem derartigen einvernehmlichen konkludenten Abgehen vom vertraglich vereinbarten Schriftformgebot kann hinsichtlich der Vereinbarung vom 29.11.2005 unter Bedachtnahme auf die festgestellten Umstände (§ 863 ABGB) ausgegangen werden. Die Vertreter der Streitteile haben nämlich die zustande gekommene Vereinbarung mit Handschlag besiegelt und die Vereinbarung sämtlichen Verhandlungsteilnehmern offiziell mitgeteilt. Diese Vorgangsweise rechtfertigt den Schluss, dass nach dem Willen der Vertragspartner die mündlich getroffene Vereinbarung auch ohne Einhaltung der Schriftform bindend sein soll. Das Hindernis der Formunwirksamkeit steht daher der Rechtswirksamkeit der Vereinbarung vom 29.11.2005 nicht entgegen. **72**

Zu prüfen bleibt die von der Klägerin relevierte Frage, ob es sich beim festgestellten Verhandlungsergebnis vom 29.11.2005 überhaupt um einen rechtsgültigen Vertrag (Vertragsänderung) handelt. **73**

Ein Vertrag kommt erst mit der Einigung der vertragschließenden Teile über die Hauptpunkte und Nebenpunkte zustande (RIS-Justiz RS0013984). Der Vertrag ist noch nicht abgeschlossen, wenn einzelne Fragen nach der Vereinbarung vorbehalten sind, wobei es gleichgültig ist, ob es sich dabei um wesentliche oder unwesentliche Bestimmungen handelt; der Vertrag kommt nicht früher zustande, als bis die volle Einigung hierüber erzielt ist (RIS-Justiz RS0013972). Es muss daher in der Regel über sämtliche Vertragspunkte Einigung erzielt werden, die zum Gegenstand von Vertragsverhandlungen gemacht wurden, es sei denn, die Parteien wollten sich trotz Uneinigkeit über Nebenpunkte binden (RIS-Justiz RS0013972 T 2). **74**

Haben sich allerdings die Parteien mündlich in allen Punkten geeinigt und nur die schriftliche Ausfertigung des Vertrages einem späteren Zeitpunkt vorbehalten, so liegt bereits ein perfekter Vertrag vor (vgl. RIS-Justiz RS0017217). Dies gilt nur dann nicht, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass die Parteien das Zustandekommen des Vertrages von der Unterfertigung einer schriftlichen Vertragsurkunde abhängig machen wollten (vgl. 2 Ob 33/052). **75**

Im vorliegenden Fall haben sich die Streitteile am 29.11.2005 über alle Punkte der Verlagsänderung, nämlich über die von den Beklagten zu leistende Nachzahlung, über die Höhe des künftig geltenden Stahlpreises und über das Einstiegsrecht der Klägerin geeinigt. Insbesondere hinsichtlich des Einstiegsrechtes ist kein wesentlicher Punkt offen geblieben: Allen Vertragsteilen war klar, was unter einem Einstiegsrecht zu verstehen ist, es wurden der Umfang dieses Rechtes und dessen zeitliche Geltung fixiert und es wurde vereinbart, dass eine Anrechnung auf die vereinbarte Menge nicht stattfindet, wenn die Klägerin ohnehin Billigstbieterin ist. Damit wurde eine Einigung über alle essentialia negotii erzielt und es ist aus dem Umstand, dass sich die Vertreter der Streitteile mit Handschlag einigten, zweifelsfrei erkennbar, dass sie sich hinsichtlich des Vertragsinhaltes mit diesem Zeitpunkt endgültig binden wollten. Die Klägerin vermag in ihrer Berufung selbst keinen einzigen wesentlichen Punkt aufzuzeigen, der inhaltlich hinsichtlich des Einstiegsrechtes offen geblieben wäre und daher der Annahme einer **76**

endgültigen Willensübereinstimmung entgegenstehen würde. Feststellungsgemäß blieb nur die Formulierung des vereinbarten Einstiegsrechtes einer schriftlichen Ausfertigung vorbehalten, was aber nach der dargelegten Judikatur an einem mündlich erfolgten Vertragsabschluss nichts ändert.

Die Vereinbarung vom 29.11.2005 ist daher rechtsgültig, weshalb die Beklagten die auf die Rechnungen der Klägerin noch offenen Beträge nicht zu bezahlen haben. 77

Entsprechend der getroffenen Vereinbarung sollte die von den Beklagten zu leistende Nachzahlung von EUR 40.000,-- netto erst fällig werden, wenn das Einstiegsrecht einvernehmlich formuliert ist, wobei allerdings die Klägerin eine schriftliche Vertragsformulierung vorzulegen gehabt hätte. Dieser Verpflichtung ist die Klägerin jedoch (unstrittig) nicht nachgekommen, sodass sie die für die Fälligkeit des Nachzahlungsbetrages von EUR 40.000,-- netto erforderliche Bedingung nicht eingehalten hat. Aufgrund ihrer diesbezüglichen Säumnis ist daher nicht einmal der vereinbarte Nachzahlungsbetrag von EUR 40.000,-- netto fällig. 78

Aus diesen Überlegungen wird deutlich, dass das Erstgericht aufgrund der rechtswirksam zustande gekommenen Vereinbarung vom 29.11.2005 das Klagebegehren über EUR 191.866,10 im Ergebnis frei von Rechtsirrtum abgewiesen hat. 79

Zu ergänzen ist noch, dass die Berufung hinsichtlich der ebenfalls geltend gemachten Rechnung Nr. 80962 über EUR 1.243,33 keine Ausführungen enthält. Diese selbständige Forderung, die aus einem eigenen rechtserzeugenden Sachverhalt abgeleitet wurde, ist daher aus der ansonsten umfassenden Beurteilungspflicht des Rechtsmittelgerichtes ausgeschieden, weil eine Bindung an eine solche Beschränkung der Klagegründe besteht (RIS-Justiz RS0041570). 80

3) Zur Kostenrüge:

Die Klägerin ist der Meinung, die Urkundenvorlage der Beklagten vom 1.12.2006 sei nicht zu entlohnen, weil diese unter einem mit dem vorbereitenden Schriftsatz vom 6.12.2006 eingebracht werden hätte können. 81

Dies ist nicht zutreffend. Das Erstgericht hat den Beklagten mit Beschluss vom 8.11.2006 (ON 3) aufgetragen, alle angebotenen und noch anzubietenden Urkunden bis spätestens 10 Tage vor dem anberaumten Streitverhandlungstermin vom 13.12.2006 vorzulegen. Diesen Gerichtsauftrag hatten die Beklagten zu befolgen und sie sind ihm auch tatsächlich nachgekommen. Den vorbereitenden Schriftsatz vom 6.12.2006 mussten die Beklagten hingegen nach § 257 Abs. 3 ZPO erst spätestens eine Woche vor der vorbereitenden Tagsatzung (vom 13.12.2006) bei Gericht einbringen. Für diesen vorbereitenden Schriftsatz stand den Beklagten daher von Gesetzes wegen eine längere Frist zur Verfügung, als für die vom Erstgericht aufgetragene Urkundenvorlage. Diese gesetzlich vorgesehene Frist kann aber nicht dadurch faktisch verkürzt werden, dass die Partei bei sonstigen Kostenfolgen gezwungen wird, einen vorbereitenden Schriftsatz früher als gesetzlich vorgesehen einzubringen, weil das Gericht ihr für eine Urkundenvorlage eine vor dem Zeitpunkt des § 257 Abs. 3 ZPO ablaufende Frist gesetzt hat. In diesem speziellen Fall sind sowohl eine dem Gerichtsauftrag entsprechende Urkundenvorlage, als auch ein nach § 257 Abs. 3 ZPO fristgerecht 82

eingebrachter vorbereitender Schriftsatz zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig, sodass beide Schriftsätze zu entlohnen sind.

Der Berufung konnte sohin insgesamt kein Erfolg beschieden sein.

83

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens stützt sich auf §§ 41 und 50 ZPO. Für die Beantwortung der Berufung im Kostenpunkt gebührt den Beklagten die von ihnen verzeichnete Entlohnung nicht. Die mit einer Berufung verbundene Kostenrüge oder eine mit der Berufungsbeantwortung verbundene Beantwortung der Kostenrüge ist nämlich nicht gesondert zu entlohnen, weil diese Teil der Berufung bzw. der Berufungsbeantwortung ist und mit den Kosten für diese Schriftsätze abgegolten wird (RIS-Justiz RS0119892).

84

Das Berufungsgericht konnte sich bei den zu lösenden Rechtsfragen an der zitierten Judikatur des Obersten Gerichtshofes orientieren. Darüber hinaus lag der Schwerpunkt der rechtlichen Beurteilung des Berufungsgerichtes in einer von den konkreten Umständen des Einzelfalles abhängenden Vertragsauslegung, die keine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs. 1 ZPO darstellt. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der (ordentlichen) Revision nach dieser Gesetzesstelle liegen somit nicht vor.

85