

CISG-online 2461

Jurisdiction	Austria
Tribunal	Oberlandesgericht Graz (Court of Appeal Graz)
Date of the decision	19 June 2013
Case no./docket no.	5 R 62/13x
Case name	<i>Heavy oil case</i>

Das Oberlandesgericht Graz hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr. Rastädter-Puschinig als Vorsitzende sowie die Richterin des Oberlandesgerichtes Dr. Neuhold und den Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Waldner als Senatsmitglieder in der Rechtssache der klagenden Partei H[...] P[...] Gesellschaft mbH, FN [...], [...], [...], vertreten durch Mag.Günter Novak-Kaiser, Rechtsanwalt in Murau, gegen die beklagte Partei S[...] M[...] GmbH, Reg.-Nr. [...] (Amtsgericht [...]), [...], [...], [...], vertreten durch Kaan Cronenberg & Partner, Rechtsanwälte in Graz, wegen EUR 111.300,00 sA (Berufungsstreitwert: EUR 111.300,00 sA), über die Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Leoben vom 11.Februar 2013, 26 Cg 113/11b-56, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit EUR 3.005,16 (darin enthalten EUR 500,86 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Die ordentliche Revision nach § 502 Abs. 1 ZPO ist nicht zulässig.

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin betreibt in [...] ein Ziegelwerk; sie erzeugt Tonziegel. Zur Befeuerung ihres Brennofens benötigt die Klägerin Schweröl. Vor der Geschäftsbeziehung mit der Beklagten bezog die Klägerin über österreichische Händler Schweröl, welches den ÖMV-Qualitätsregeln entsprach. Im Jahr 2008 waren die Energiepreise sehr hoch, weshalb bei Industrieunternehmen das Bestreben bestand, möglichst günstiges Öl zu verwenden. Auch die Klägerin suchte jemanden, der ihr möglichst preisgünstig Schweröl liefern würde, dies zu günstigeren Konditionen als die österreichischen Mineralölhändler. Federführend war bis zum Schadensfall im September 2008 für die Klägerin deren Werksleiter Ing. E[...]. Erst danach trat für die Klägerin deren Geschäftsführer Stoisser in Erscheinung.

N. E[...] war Unternehmensberater («Ziegeleiberater») der Klägerin. Er hatte unter anderem die Aufgabe, preisgünstiges Öl für den Ofen der Klägerin in die Wege zu leiten. Er hatte sein Büro in N[...]. N. E[...] kannte N. S[...] (einen deutschen Handels- und Vermittlungsunternehmer) und dieser wiederum H[...] F[...]. H[...] F[...] erfuhr von N. Schad[...], dass es in Österreich

1

2

eine Ziegelei gibt, die billigen Brennstoff sucht. N. S[...] ersuchte H[...] F[...], herauszufinden, was man liefern kann und zu welchen Preisen, woraufhin H[...] F[...] mit der Beklagten Kontakt aufnahm. Schriftliche Informationen über das Ziegelwerk der Klägerin wurden H[...] F[...] von der Klägerin nicht gegeben. Es gab lediglich anfangs einmal einen Werksbesuch von H[...] F[...] bei der Klägerin. Es kann nicht festgestellt werden, inwiefern H[...] F[...] mündlich Informationen technischer Natur über die Öfen der Klägerin und deren Produktionsstätte erhielt; dies gilt insbesondere auch für die Information, dass die Klägerin mit Schraubenspindelpumpen arbeitete. Es kann nicht festgestellt werden, dass die Klägerin H[...] F[...] die Spezifikationen über das bis dahin von ihr verwendete «österreichische» Schweröl zur Verfügung stellte. H[...] F[...] meldete sich Anfang des Jahres 2008 bei der Beklagten und sagte, er hätte verschiedene Interessenten, welche gerne Schweröl bei ihr kaufen würden, wobei er keine konkreten Unternehmensnamen nannte. H[...] F[...] fungierte dabei sowie in weiterer Folge lediglich als Vermittler zwischen den Streitparteien; er kaufte oder verkaufte also selbst nicht. H[...] F[...] führte mit der Beklagten die maßgeblichen Gespräche betreffend Preise, Produktspezifikationen und Lieferung. Die Spezifikation des Ofens der Klägerin war in keiner Weise Gesprächsthema zwischen H[...] F[...] und der Beklagten. Dass Schraubenspindelpumpen bei Schweröl ZR Probleme hatten, wusste die Beklagte bereits, als sie mit H[...] F[...] die Gespräche aufnahm.

1.

Sie hatte vor dem Schadensfall vom September 2008 aber keine Ahnung, dass die klagende Partei Schraubenspindelpumpen verwendete. Erst als anlässlich des Schadensfalls des September 2008 der verantwortliche Mitarbeiter der beklagten Partei, DI R[...], das Werk der klagenden Partei besuchte, erfuhr die beklagte Partei an Ort und Stelle, dass bei der klagenden Partei als Brennpumpen Schraubenspindelpumpen in Verwendung standen.

In der Folge wurde die Verwendung von Exzenterpumpen anstelle der für Schweröl ZR ungeeigneten, aber bis dahin von der Klägerin eingesetzten Schraubenspindelpumpen zwischen den Streitparteien besprochen, dies um einen produktionssicheren Betrieb zu ermöglichen. Es kann nicht festgestellt werden, dass der verantwortliche Mitarbeiter der Beklagten, DI R[...], bereits vor dem Schadensfall im September 2008 H[...] F[...] auf die Problematik von Schraubenspindelpumpen hinwies, nämlich dass diese für das Produkt Schweröl ZR nicht geeignet sind. Vor dem Schadensfall vom September 2008 gab es keinen wesentlichen Kontakt zwischen der Beklagten und der Klägerin. Den ersten unmittelbaren wesentlichen Kontakt hatten die Streitparteien erst nach dem Schadensfall vom September 2008.

Nach dem Schadensfall vom September 2008 war H[...] F[...] nicht mehr involviert. Die Beklagte sagte H[...] F[...], was sie liefern kann, und stellte ihm für beide angebotenen Produkte – Heizöl R-LS und Schweröl ZR – jeweils ein Datenblatt zur Verfügung. Im Bezug auf die Qualitätserfordernisse wurde von der Klägerin lediglich mit H[...] F[...] gesprochen; den Namen der Beklagten kannte die Klägerin zu diesem Zeitpunkt noch nicht. H[...] F[...] leitete das Datenblatt der Beklagten für Schweröl ZR am 21. Februar 2008 per E-Mail N [...] S[...] weiter, dies mit folgenden Worten:

«Hallo Herr S[...],
wie besprochen kommen hier die Infos.

Datenblatt Schweröl [angeschlossen]

Preisliste MTC

Sobald wir wissen, ob H. E[...] [gemeint: N. E[...]] das Schweröl brauchen kann, hole ich mir den derzeit aktuellen Stand für Preis und Liefermöglichkeit.

Beste Grüße aus Heidelberg

H[...] F[...]

Zu diesem Zeitpunkt kannte H[...] F[...] den Namen der Klägerin noch nicht; sein damaliger Gesprächspartner war noch alleine N. S[...]. Dieser war zeitweise direkter Ansprechpartner der Klägerin. N. E[...] meinte zur Klägerin im Wesentlichen, dass das Öl der Beklagten genauso gut einsetzbar sei wie das zuvor von der Klägerin am österreichischen Markt bezogene Schweröl.

6

Am 6.März 2008 sandte DI R[...] (der Betriebsleiter der Beklagten) H[...] F[...] folgendes E-Mail mit den aus dem E-Mail ersichtlichen Anhängen (Beilage ./1):

7

«Sehr geehrter Herr F[...],

anbei erhalten Sie unsere Datenblätter für Südöl Gasölraffinat (Heizöl R-LS) und Südöl Schweröl ZR.

Das Gasölraffinat entspricht weitgehend der Ihnen aus Dollberger bekannten Qualität und wird von uns seit Jahren über einen Partner insbesondere an Asphaltmischanlagen verkauft. Bei unserem Produkt Schweröl ZR handelt es sich um ein aus Altöl durch destillative Abtrennung von Wasser und Leichtsieder hergestelltes Produkt mit altölspezifischen Verunreinigungen, das von uns an Stahlwerke und Zementwerke verkauft wird.

Diese Produkte können wir Ihnen zu folgenden Konditionen anbieten:

Südöl Heizöl R-LS: Basis O.M.R.-Notierung Gasöl EU (mean) – Abschlag 20% = Preis ex Werk Südöl. Für eine Einführungsphase bis 30.4.2008 gilt der hierfür vereinbarte Preis 420,00 €/t ex Werk Südöl. Preis jeweils zuzüglich evtl. anfallender Energiesteuer und gültiger Mehrwertsteuer. Mengenverfügbarkeit derzeit etwa 25 t/Woche.

Südöl Schweröl ZR: Basis Platt´s-Notierung Heizöl S 1% (mean) Durchschnitt Vormonat – Abschlag 35% = Preis ex Werk Südöl Preisniveau Platt´s-Notierung derzeit ca. 340,00 €/t, damit ergibt sich ein Preis für Schweröl ZR ex Werk Südöl von derzeit ca. 220,00 €/t. Mengenverfügbarkeit derzeit etwa 50 t/Woche; nach Absprache auch größere Mengen möglich.

Energiesteuer: [...]

Zahlungsbedingungen: Wie besprochen jeweils mit Vorkassa.

Gewährleistung: Wir garantieren für die Einhaltung der Lieferspezifikation und verpflichten uns bei Nachweis von Grenzwertüberschreitungen die Ware zurück zu nehmen und den Kaufpreis für die zurückgenommene Menge zurückzuerstatten. Eine weitergehende Gewährleistung z.B. für Schäden an Anlagen oder Produktionsausfall ist ausgeschlossen.»

Mit E-Mail vom 10.März 2008 teilte H[...] F[...] N. S[...] wie folgt mit:

8

«Hallo Herr S[...],

endlich habe ich von meinem Lieferanten die nötigen Daten für das Schweröl bekommen. Mein Lieferant schreibt mir dazu das Folgende:

Heizöl R-LS:

Unser Produktdestillat F10 ist auf Grund seiner Viskosität, seines Siedeverlaufes und des Flammpunktes als ein sogenannten Mitteldestillat einzustufen. Gemäß seiner Spezifikationsdaten entspricht es einem Heizöl R-LS DIN 51603-4. Es ist einsetzbar insbesondere in Kraftwerken für den An- und Abfahrbetrieb und auch die Stützfeuerung, in Asphaltmischanlagen und auch in Industriebetrieben mit entsprechender Feuerungstechnik als Brennstoffsubstitut zum leichten Heizöl. Auf Grund seiner niedrigen Viskosität ist keine Vorwärmung nötig. Der Vorteil des Destillates F10 ist, dass es erst bei tieferen Außentemperaturen zu Paraffinausscheidungen führen kann als bei typischen Heizöl-Leicht-Komponenten. Auch unterliegt unser Produkt keinen gefahrengutrechtlichen Vorschriften.

Für eine Einführungsphase bis 30.4.2008 gilt der hierfür vereinbarte Preis 475,00 €/t ex Werk Süddeutschland. Preis jeweils zuzüglich evtl. anfallender Energiesteuer und gültiger Mehrwertsteuer. Mengenverfügbarkeit derzeit etwa 25 t/Woche nach Absprache ausbaubar.

Schweröl ZR:

Bei unserem Produkt Schweröl ZR handelt es sich um ein aus Altöl durch destillative Abtrennung von Wasser und Leichtsieder hergestelltes Produkt mit altölspezifischen Verunreinigungen, das von uns an Stahlwerke und Zementwerke verkauft wird. Preis für Schweröl ZR ex Werk Süddeutschland von derzeit ca. 255,00 €/t zzgl jeweils gültige Mehrwertsteuer und Energiesteuer. Preise sind gerechnet auf jeweils internationaler Notierung, wie z.B. Platts oder OMR und können sich verändern. Der hier aufgeführte Preis hat eine Gültigkeit von 30 Tagen. Danach wird der Preis neu festgelegt. Mengenverfügbarkeit derzeit etwa 50 t/Woche; nach Absprache auch größere Mengen möglich.

Lieferungen ins Ausland: [...]

Gewährleistung:

Wir garantieren für die Einhaltung der Lieferspezifikationen und verpflichten uns, bei Nachweis von Grenzwertüberschreitungen die Ware zurückzunehmen und den Kaufpreis für die zurückgenommene Menge zurückzuerstatten. Eine weitergehende Gewährleistung, z.B. für Schäden an Anlagen oder Produktionsausfall ist ausgeschlossen.

Analysen entsprechend den Ihnen schon zugegangenen Unterlagen.

Sobald wir wegen Energiesteuer nötige Angaben haben könnten wir erste Probelieferungen veranlassen.

Ich hoffe ich konnte Ihnen alle notwendigen Angaben machen und freue mich schon auf unsere ersten Geschäfte.

4

Mit besten Grüßen aus Heidelberg

H[...] F[...]»

Der Text, welcher aus dem E-Mail vom 10. März 2008 ersichtlich ist, wurde von H[...] F[...] in weiterer Folge nicht unmittelbar an die Klägerin weitergeleitet. Mit E-Mail vom 24. März 2008 teilte H[...] F[...] der Beklagten erstmals mit, dass es sich beim in Aussicht genommenen Käufer von Ölprodukten um die jetzt Klägerin handelt. H[...] F[...] wies dabei darauf hin, dass die Klägerin kurzfristig mit der Lieferung beginnen wolle. Am 10. Juni 2008 – zu diesem Zeitpunkt hatte H[...] F[...] bereits unmittelbaren Kontakt zur Klägerin – sandte H[...] F[...] dem Werksleiter der Klägerin Ing. E[...] per E-Mail das (oben bereits wiedergegebene) Datenblatt der Beklagten für Schweröl ZR zu, dies mit folgenden Worten:

9

«Sehr geehrter Herr E[...],

wie soeben besprochen sende ich Ihnen mit gesonderter Mail die Informationen zu, die ich bereits H. S[...] übermittelt hatte. Diese beiden Mails erhalten Sie gesondert als Weiterleitung. Zusammen mit dieser Mail übersende ich Ihnen die Analysen für das Schweröl ZR. Sobald Sie alles durchgelesen haben, sollten wir uns nochmals abstimmen. Tatsache ist, dass das Zollamt in Stuttgart nicht zulässt, dass Sie ohne die € 25,00/Tonne Energiesteuer beliefert werden. Diesen Punkt müssten Sie mit Ihrem Zollamt abklären.

Viele Grüße aus Heidelberg

H[...] F[...]»

Irgendwelche technischen Vorgaben für die Verwendung des Öls hatte H[...] Fischer der K[...] nicht gemacht. Der Werksleiter der Klägerin Ing. E[...] erachtete ein Öl mit den aus dem Datenblatt ersichtlichen Werten für den Ofen der Klägerin als geeignet. Zumal diesbezüglich H[...] F[...] von der Klägerin nichts hörte, gingen sowohl die Beklagte als auch H[...] F[...] davon aus, dass das von der Beklagten angebotene Öl für den Ofen der Klägerin passen würde.

10

Das Produkt Schweröl ZR wurde von der Beklagten seit mindestens bereits zehn Jahren vertrieben. Hauptabnehmer dieser Lieferungen waren Stahlwerke, Zementwerke und Kupferhütten. Für diese Kunden ist der Sedimentanteil aufgrund der Konzeption ihrer Öfen völlig irrelevant.

11

Mit Schreiben vom 19. Juni 2008 übermittelte die Beklagte H[...] F[...] den Entwurf einer Liefervereinbarung für Schweröl ZR mit der Bitte um Prüfung und gegebenenfalls Mitteilung von Änderungswünschen. Zu «Gewährleistung» ist in dieser Liefervereinbarung festgehalten:

12

«Wie telefonisch besprochen garantiert [richtig: beklagte Partei] ausschließlich die Einhaltung der in den Lieferspezifikationen genannten Werte und verpflichtet sich, bei nachweislicher Grenzwertüberschreitung auf Anforderung die Ware zurückzunehmen und den Kaufpreis für die zurückgenommene Menge zurückzuerstatten.

Eine weitergehende Haftung durch [richtig: beklagte Partei] z.B. für Schäden an den damit betriebenen Anlagen wird vereinbarungsgemäß ausgeschlossen. ...»

Die Liefervereinbarung (Beilage ./4) wurde nie von beiden Teilen unterfertigt.

13

Mit E-Mail vom 8. Juli 2008 teilte H[...] F[...] Ing.[...] wie folgt mit (Beilage ./23 – **Hervorhebung vom Gericht**):

14

«Hallo Herr E[...],

wie bereits erwähnt können wir noch diese Woche Schweröl an Sie liefern. Die Raffinerie disponiert jeweils am Freitag der Vorwoche alle Lieferungen für die kommende Woche, leider waren wir am letzten Freitag nicht bei der Disposition dabei. Wir brauchen definitiv gut eine Woche Vorlauf und [gemeint: um] reibungslose Lieferungen an Sie durchzuführen. Bei sofortiger Bestellung können wir Ihnen folgende Lieferungen zusagen.

17. + 22.7.08 jeweils einen Tankzug.

[...]

Nachstehend noch einmal die Mail, die ich in Ihrer Sache an H. S[...] geschickt hatte.

Meine Mail vom 3.7.08 an H. S[...]

Hallo Herr S[...],

wie versprochen übersende ich Ihnen die neuen Preise und Angebote für die [klagende Partei]. Das Angebot ist freibleibend Zwischenverkauf vorbehalten. Leichtes Heizöl R-LS nach DIN 61603-4 Preis: € 675,00/Tonne ab Werk + € 51,25 Fracht / Tonne frei Haus.

Schweröl ZR: Preis: € 316,50/Tonne ab Werk + € 51,25 Fracht/Tonne frei Haus.

[...]

Bitte fragen Sie auch noch, ob das Schweröl auch in Frage kommt, weil auch hier müssen die Mengen gesichert sein.

Sollten noch Fragen auftauchen sagen Sie mir Bescheid.

Viele Grüße aus Heidelberg

H[...] F[...]

Einen Vertragsvorschlag von der Raffinerie habe ich Ihnen auch mit beigelegt, damit Sie in Ruhe prüfen können.

Ich bitte um baldige Reaktion und um eine klare Aussage, damit wir diese Angelegenheit endgültig festlegen können.

Mit besten Grüßen aus Heidelberg

H[...] F[...]

Dieser E-Mail war wiederum der bereits oben wiedergegebene Entwurf einer Liefervereinbarung angeschlossen.

15

Der Klägerin ging es im Juli 2008 darum, möglichst rasch die Lieferbeziehung mit der Beklagten aufzunehmen. Zum ersten Mal lieferte die Beklagte am 17. Juli 2008 der Klägerin Schweröl ZR. Weiters lieferte die Beklagte der Klägerin am 22. Juli 2008 und 24. Juli 2008 Schweröl ZR.

16

Am 8. September 2008 fand die erste Lieferung nach der Sommerpause statt. Es handelte sich um die vierte Lieferung von Schweröl ZR der Beklagten an die Klägerin. Nach den vorangegangenen Lieferungen von Schweröl ZR durch die Beklagte war es zu keinen Problemen gekommen. Der Lieferung vom 8. September 2008 lag eine Auftragsbestätigung und ein Lieferschein der Beklagten vom jeweils 3. September 2008 zugrunde. In beiden Urkunden war kein unmittelbarer Haftungsausschluss enthalten. Beide Urkunden enthielten aber den Verweis «Lieferung zu unseren allg. Gesch. Bed.». Im Jahr 2008 arbeitete der Ofen der Klägerin mit Schraubenspindelpumpen. Am Tag nach der Lieferung vom 8. September 2008 gingen vier Schraubenspindelpumpen kaputt, zumal sie das Schweröl ZR nicht mehr bewältigen konnten. Hierdurch kam der Ofen für etwa einen Tag zum Stillstand. Die Ziegel, welche sich gerade im Ofen befanden, gingen durch den Stillstand kaputt. Ursache für den Schadensfall im September 2008 war – anders als beim nachfolgenden Schadensfall vom Mai 2009 – kein anlagentechnischer Defekt im Bereich der Beklagten. Vielmehr war die von der Klägerin im Jahr 2008 eingesetzte Pumpentechnologie (Schraubenspindelpumpen) nicht geeignet, herkömmliches Heizöl schwer auf Dauer problemlos zu fördern. Insbesondere war die eingesetzte Technologie nicht geeignet, das Schweröl ZR der Beklagten, welches einen höheren Asche- und Sedimentanteil als herkömmliches Heizöl schwer aufweist, dauerhaft und verlässlich zu fördern. Schraubenspindelpumpen sind also für das gelieferte Produkt Schweröl ZR nicht geeignet, zumal sie relativ rasch aufgrund der im Produkt Schweröl ZR einfach enthaltenen Verunreinigungen verschleifen. Die Schraubenspindelpumpen der Klägerin konnten die vorangegangenen drei Lieferungen von Schweröl ZR bewältigen, nicht mehr aber aufgrund der fortgeschrittenen Abnutzung die Lieferung vom 8. September 2008, weshalb der Schadensfall eintrat. Für die Schraubenspindelpumpen der Klägerin wäre die Verwendung von (viel teurerem) Heizöl R-LS kein Problem gewesen. Der Preis für Heizöl R-LS betrug damals EUR 675,00/Tonne, der Preis für Schweröl ZR betrug damals EUR 316,50/Tonne.

17

Im Datenblatt (sogenannte «Spezifikation») der Beklagten für Schweröl ZR war unter anderem die Filterfeinheit angegeben; diese betrifft die Frage, welche Teile bis zu einer maximalen Größe das Öl aufweisen kann. Der Feststoffgehalt (= Sedimentanteil) ist hiervon eine unterschiedliche Frage. Im Datenblatt war der Feststoffgehalt nicht angegeben. Sedimente, also absetzbare Stoffe, können zu einem erhöhten Verschleiß bzw. zur Verlegung von Filtern, Pumpen der streitgegenständlichen Bauart und Brennern führen.

18

2.

Der klagenden Partei hätte bereits mit Übergabe des Datenblattes über Schweröl ZR auffallen müssen, dass ihre Pumpen bei erhöhter Viskosität möglicherweise nicht den erforderlichen Durchsatz und Druck erbringen können. Ein ordnungsgemäß arbeitendes vorbildliches Industrieunternehmen an Stelle der klagenden Partei hätte sich die Frage gestellt, ob das angebotene Schweröl ZR für die eigene Industrieanlage, insbesondere für die eingesetzten Pumpen geeignet ist. Wäre ein vorbildliches Industrieunternehmen vom Öllieferanten dazu aufgefordert worden, zu überprüfen, ob das angebotene Schweröl ZR für die eigene Industrieanlage geeignet ist, hätte es die Spezifikation des bisher verwendeten Schweröls (nämlich hier jenes der

19

ÖMV) neben die Spezifikation des in Aussicht genommenen neuen Öls (hier Schweröl ZR der beklagten Partei) gelegt und es wäre ihm aufgefallen, dass in der Spezifikation des bisher verwendeten Öls (ÖMV) ein Feststoffgehalt (= Sedimentanteil) angegeben war, nicht hingegen in der Spezifikation des in Aussicht genommenen Öls. Das vorbildliche Industrieunternehmen hätte in weiterer Folge diesen Aspekt hinterfragt.

Beim Datenblatt (Spezifikation) handelt es sich um ein Standardformular, welches die Beklagte sämtlichen ihrer Kunden, welche das betreffende Produkt (Schweröl ZR) beziehen, zur Verfügung gestellt hat. Es wäre der Beklagten nicht möglich gewesen, ohne Weiteres in ihr Standardformular auch einen maximalen Feststoffgehalt (Sedimentanteil) aufzunehmen. Voraussetzung hierfür wäre nämlich gewesen, dass die Beklagte sämtliche Chargen, welche sie zuvor verkauft hat, über einen längeren Zeitraum in Bezug auf Feststoffgehalt überprüft, also längerdauernde statistische Erhebungen tätigt, um guten Gewissens einen maximalen Feststoffanteil angeben zu können. Im Übrigen wäre der Feststoffgehalt (wie bereits festgestellt) für die gewöhnlichen Kunden der Beklagten, welche bei ihr Schweröl ZR beziehen, irrelevant.

20

Eine DIN-Norm wurde von der Klägerin nie namhaft gemacht. Das vormals von der Klägerin verfeuerte Heizöl schwer der ÖMV ist ein von dem von der Beklagten angebotenen Schweröl ZR unterschiedliches Produkt; das Heizöl schwer der ÖMV erfüllt die Ö-Norm C 1108, welche Ö-Norm identisch mit der DIN-Norm 51603 ist.

21

3.

Die Einhaltung der DIN 51603 war nicht zwischen den Streitteilen vereinbart.

22

Das von der Beklagten gelieferte Schweröl ZR erfüllte diese DIN-Norm nicht. Die DIN 51603 sieht einen Sedimentanteil (Feststoffgehalt) vor, der deutlich unter jenem von handelsüblichem Heizöl schwer liegt. Wäre lediglich ein Feststoffgehalt im streitgegenständlichen Öl vorhanden gewesen, der nicht höher gewesen wäre als jener laut DIN 51603, so hätten die Schraubenspindelpumpen der Industrieanlage der Klägerin keine Probleme gehabt. Die DIN 51603 bezieht sich nicht auf ein Schweröl wie das streitgegenständliche, sondern auf ein sogenanntes Mittelöl-Reraffinat; ein solches und das hier streitgegenständliche Schweröl ZR sind unterschiedliche Sachen. Die Erfordernisse der DIN 51603 können vom streitgegenständlichen Schweröl grundsätzlich nicht bzw. bloß in Teilaspekten erfüllt werden. Schweröl ZR ist jedenfalls preismäßig deutlich billiger als ein Mitteldestillat im Sinne der DIN 51603. Im vorliegenden Fall war stets klar, dass die Beklagte der Klägerin Schweröl ZR liefert. Der günstigere Preis von Schweröl ZR war der Grund, warum sich die Klägerin für dieses Schweröl ZR entschied. Die Beklagte bot die Einhaltung der DIN 51603-4 lediglich in Bezug auf das von ihr alternativ angebotene Produkt Heizöl R-LS an. Heizöl R-LS ist deutlich teurer als Schweröl ZR.

23

Mit anwaltlichem Schreiben vom 16. September 2008 warf die Klägerin der Beklagten vor, «nicht die vereinbarte und geschuldete Qualität an Schweröl ZR geliefert zu haben», was zum Schadensfall vom 9. September 2008 geführt habe; die Klägerin forderte aus dem Titel der Gewährleistung und des Schadenersatzes die Beklagte auf, «a. unverzüglich dafür Gewähr zu leisten, dass [die klagende Partei – sic!] das vertraglich geschuldete Schweröl ZR, welches wie bisher zum Betrieb des Brennofens [der klagenden Partei] geeignet ist, zu liefern und dafür zu sorgen, dass die gesamte, für [die klagende Partei] unbrauchbare Ölmenge aus der Tankanlage

24

auf dem Betriebsgelände [der klagenden Partei] abgepumpt und abtransportiert wird, b. unverzüglich die von [der klagenden Partei] am 4. September 2008 und am 8. September 2008 überwiesenen Beträge in der Höhe von insgesamt EUR 20.000,00 [an die klagende Partei] rückzuerstatten». Mit Schreiben vom 28. Oktober 2008 wies die Beklagte die im Anwaltschreiben vom 16. September 2008 erhobenen Vorwürfe zurück; es habe keine Abweichungen der von ihr bestätigten Lieferspezifikationen gegeben.

Mit Schreiben vom 5. November 2008 forderte die Klägerin die Beklagte auf, ihr für den Schadensfall vom 9. September 2008 EUR 92.750,64 exklusive Mehrwertsteuer zu zahlen.

25

Zur damaligen Zeit (Herbst 2008–Anfang 2009) bestand eine extreme Wirtschaftskrise. Obgleich aus Sicht der Beklagten die Verwendung von als solchen ungeeigneten Schraubenspindelpumpen durch die Klägerin für den Schadensfall des September 2008 verantwortlich war, bemühte sich die Beklagte, die Klägerin als langfristigen Kunden zu behalten. Die Klägerin ihrerseits war darum bemüht, den Schadensfall vom September 2008 einfach dadurch zu lösen, dass eine längerfristige Geschäftsbeziehung zwischen den Streitparteien entstünde und durch dieselbe die Klägerin über längere Zeit von der Beklagten günstig Öl bezöge. DI R[...] machte daher den Vorschlag anzudenken, dass der Schaden vom September 2008 über ein langfristiges Abrechnungsmodell kompensiert werde. Im Gespräch war zwischen den Streitparteien, dass die Beklagte der Klägerin über drei Jahre Öl zu einem günstigen Preis, nämlich auf Basis von 65% OMR (Ölmarktreport) liefern würde, was für die Beklagte den Vorteil hatte, einen langfristigen Kunden zu haben, sowie für die Klägerin, einen günstigen Preis zu erhalten. Zur damaligen Zeit erhob die Klägerin gegenüber der Beklagten aber bereits anwaltlich vertreten Schadenersatzforderungen. Die Beklagte lehnte stets eine Schadenstragung, also Haftung, ab; sie war jedoch daran interessiert, keine juristische Auseinandersetzung zu haben und möglichst einen langfristigen Kunden zu gewinnen. Bedingung für das Eingehen einer Vereinbarung, mit der sich die Beklagte verpflichtet hätte, der Klägerin über drei Jahre Schweröl ZR um einen günstigen Preis, nämlich auf Basis von 65% OMR (Ölmarktreport), zu liefern, war für die Beklagte daher, dass die Klägerin bestätigt, dass die Forderungen der Klägerin aus dem Schadensfall des September 2008 mit dieser Preisvereinbarung abgegolten sein sollten. Die diesbezüglichen Gespräche wurden inhaltlich in einem von DI R[...] verfassten Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 10. Februar 2009 festgehalten (Beilage ./H – **Hervorhebung vom Gericht**).

26

« ... b) Konditionen: Nachdem hinsichtlich Schadenshöhe und Haftung bis heute kein Einvernehmen besteht, waren wir übereingekommen, dass wir im Interesse einer langfristigen für beide Seiten vorteilhaften Zusammenarbeit eine Preisbasis finden, die Ihnen über einen Preisabschlag auf den regulären Preis eine Rückzahlung der von Ihnen geforderten Summe innerhalb eines akzeptablen Zeitraums bringt. Ich möchte Ihnen folgende Preisbasis anbieten:

Schweröl ZR, unverteuert mit BVD, in TW ex Werk Südöl

Preis = 80% (O.M.R. - Notierung Heizöl S 1% fob barges) – Ausgleichszahlung 15% (O.M.R. - Notierung) [min. 30,00 €/t]

Der Durchschnittspreis O.M.R. Heizöl S 1% lag 2008 bei 351,29 €/t, entspricht einer Ausgleichszahlung von 52,69 €/t; Durchschnitt 2007 = 247,22 €/t entspricht 37,00 €/t.

Wir wären bereit, diese Regelung für drei Jahre anzuwenden, womit sich für Sie bei einer Jahresmenge von ca. 1.000 t eine Einsparung von insgesamt min. EUR 90.000,00, bei einem im Durchschnitt der kommenden drei Jahre realistischem Preisniveau von zirka 300,00 €/t bis zu 135.000,00 € ergibt.

Frachtkosten: Derzeit EUR 1.230,00 pauschal; wir würden die Frachtkosten unseres Spediteurs ohne Aufschlag durchhandeln.

Zahlungsbedingungen: wie bisher Vorkasse.

Voraussetzung für die Anwendung der vorgeschlagenen Preisformel ist eine Vereinbarung zwischen unseren Häusern, die u.a. die Bestätigung von Ihnen enthält, dass Ihre Forderungen aus dem Jahr 2008 damit abgegolten sind.

Ich würde mich freuen, wenn dieser Vorschlag für sie akzeptabel ist und sehe Ihrer Rückmeldung mit Interesse entgegen.»

Die Klägerin erklärte niemals schriftlich, diesen Vorschlag anzunehmen.

27

4. a)

Es kann nicht festgestellt werden, dass die klagende Partei jemals mündlich, so etwa im Rahmen eines Telefongesprächs, gegenüber der beklagten Partei erklärt hätte, diesen Vorschlag anzunehmen.

28

Zwischen dem Schadensfall vom September 2008 und Anfang Mai 2009 gab es keine Lieferung. Beide Streitparteien hatten im Jahr 2009 aber ein Interesse an der Wiederaufnahme der Lieferungen.

4. b)

Obgleich niemals eine schriftliche Vereinbarung des Inhalts, wie er aus der Beilage ./H ersichtlich ist, geschlossen wurde, erbrachte die beklagte Partei im Mai 2009 eine von der klagenden Partei unbeanstandet gebliebene Öllieferung.

29

Im Zusammenhang mit dieser Lieferung teilte die Beklagte mit E-Mail vom 13. Mai 2009 der Klägerin wie folgt mit (Beilage ./I) und stellte unter einem EUR 4.481,91 in Rechnung (Beilage ./J).

30

«Wie besprochen, berechnen wir Ihnen für die Lieferung unseres Schweröl ZR ex Werk Südöl unter Berücksichtigung des Ihnen zur Kompensation ihres Schadens angebotenen zusätzlichen Abschlags auf die O.M.R.-Notierung in Höhe von 15% einen Preis von 65% O.M.R. Basis April 2009 (210,03 €/t) = 136,52 €/t ex Werk Südöl, gültig für Lieferungen im Monat Mai. Die Fracht beträgt, wie 2008, pauschal EUR 1.230,00. Zahlungsbedingungen vorerst acht Tage netto; sobald uns die von Ihnen zugesagte Tankbürgschaft vorliegt, akzeptieren wir ein Zahlungsziel 30 Tage netto wie von Ihnen gewünscht. Wir bitten dringend, das Zahlungsziel einzuhalten, da wir bei Überschreitung von Zahlungszielen Liefersperre haben! Unter Berücksichtigung von voraussichtlich ca. 150 t/Monat und dem aktuellen Preisniveau sollte die Bürgschaft eine Höhe von mindestens EUR 30.000,00, besser EUR 40.000,00 haben, um auch bei den absehbaren Preissteigerungen nicht sofort reagieren zu müssen».

4. c)

31

Die unbeanstandet gebliebene Lieferung vom Mai 2009 (sowie auch die nachfolgende Öllieferung vom Mai 2009, welche aufgrund eines in der Sphäre der beklagten Partei gelegenen Gebrechens zu einem Schaden bei der klagenden Partei führte) sollte einvernehmlich so abgerechnet werden, wie es in der – nicht zustande gekommenen – Vereinbarung vom Jänner/Februar 2009 vorgesehen war, nämlich auf Basis von 65% OMR.

Es folgte eine weitere Lieferung im Mai 2009, welche aufgrund eines Gebrechens in der Sphäre der Beklagten mangelhaft war und zu einem Stillstand des Ofens der Klägerin führte. Für den Schadensfall vom Mai 2009 war ein Filtergebrecchen im Bereich der Raffinerie der Beklagten, verantwortlich; es wurde nicht ausreichend filtriertes Öl der Klägerin geliefert. Konkrete Ursache war ein Filterschaden an der Verladestation der Beklagten. Nachdem der Sachverständige Dr. G[...] obige Ursache des Schadensfalls vom Mai 2009 ermittelt hatte, ersetzte die Haftpflichtversicherung der Beklagten (H[...] G[...] I[...] V[...] AG) der Klägerin den ihr im Mai 2009 entstandenen Schaden.

32

Mit anwaltlichem Schreiben vom 4. August 2009 teilte der Klagsvertreter der Beklagten wie folgt mit:

33

«Anfang 2009 wurde zwischen meiner Mandantschaft und Ihrer Gesellschaft ein Übereinkommen geschlossen, wonach die berechtigten Schadenersatzansprüche meiner Mandantschaft durch einen Rabatt ihrer Gesellschaft innerhalb eines akzeptablen Zeitraums bezahlt hätte werden sollen. Durch den Vorfall vom 22.5.2009, ich verweise diesbezüglich an das beiliegende Schreiben an die H[...] G[...] I[...] V[...] AG, wurde das oben angeführte Übereinkommen hinfällig. Ihre Gesellschaft ist unbestritten nicht dazu in der Lage, Heizöl in der vereinbarten Qualität zu liefern. Die Schadenersatzsprüche meiner Mandantschaft aus dem Vorfall im Jahr 2009 sind Gegenstand einer gesonderten Korrespondenz. Vorerst habe ich namens und auftrags meiner Mandantschaft die Schadenersatzansprüche aus dem Vorfall vom 8.9.2008 wie folgt fällig zu stellen:

- | | |
|--|--------------|
| 1. Schadenersatz laut Aufstellung vom 5.11.2008 exklusive der gesetzlichen Umsatzsteuer | € 92.750,74 |
| 2. Rückerstattung der Akontierung meiner Mandantschaft vom 4.9.2008 und vom 8.9.2008 in der Höhe von (inklusive 20% USt) | € 20.000,00 |
| Zwischensumme | € 112.750,74 |
| 3. Die Kosten meines Einschreitens laut beiliegendem Einzelleistungsverzeichnis in der Höhe von | € 2.940,48. |

Wenn die geltend gemachten Schadensbeträge und die Kosten meines Einschreitens nicht bis längstens 18.8.2009 auf dem tiefer stehenden Fremdgeldkonto eingelangt sind, ist meine Mandantschaft gezwungen, gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.»

Auch nach dem Schadensfall vom Mai 2009 versuchten die Streitparteien, ihre Geschäftsbeziehung aufrecht zu erhalten. Insbesondere setzte trotz des vorerwähnten Anwaltsschreibens die Beklagte im Sommer 2009 ihre Korrespondenz mit der Klägerin zwecks Wiederaufnahme der Lieferungen fort. Mit Schreiben vom 18. August 2009 erklärte angesichts der von der Beklagten gezeigten Kooperationsbereitschaft der Geschäftsführer der Klägerin, das Anwaltsschreiben mit sofortiger Wirkung wieder zurückzuziehen. Auch im September und Oktober 2009 setzte die Beklagte ihre Bemühungen um Wiederaufnahme der Lieferungen fort; im Zentrum der Bemühungen standen die Schaffung technischer Voraussetzungen, dass die Klägerin von der Beklagten geliefertes Öl problemlos verfeuern kann. 34

Mit Schreiben vom 2. November 2009, 12.47 Uhr, bot die Beklagte der Klägerin konkrete Lieferungen an. Mit E-Mail vom 2. November 2009, 14.41 Uhr, führte die Klägerin bei der Beklagten eine Bestellung durch. Hierauf lieferte die Beklagte am 3. November 2009 abermals Öl. Es kam jedoch trotz der vorangegangenen Bemühungen erneut zu technischen Problemen. Die Streitparteien waren sich über die Gründe hierfür uneinig. In einem E-Mail vom 4. November 2009 wies die Klägerin die Schuld hierfür der Beklagten zu und schlug ein Treffen der Geschäftsführungen vor, wobei sie ansonsten rechtliche Schritte ankündigte. In Anbetracht dessen stellte die Beklagte ihre Bemühungen, die Geschäftsbeziehung zwischen den Streitparteien aufrecht zu erhalten, ein. Nach dem E-Mail vom 4. November 2009 gab es keine Kommunikation mehr zwischen den Streitparteien. 35

Zwischen September 2008 und Mai 2009 und nach dem Mai 2009 bezog die Beklagte (richtig: Klägerin) von anderen Öllieferanten Brennstoff, so im April 2009 von der Firma S[...], im November 2009 von der Firma L[...], im April 2010 von der Firma L[...], im Mai 2010 von der Firma M[...] und R[...] H[...] GmbH, im August 2011 von der Firma S[...], im April 2011 von der Firma M[...] und R[...] GmbH. 36

Seitens der Klägerin wurde im Bezug auf die Geschäftsbeziehung zur Beklagten niemals auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Beilage ./D) verwiesen. 37

Mit der vorliegenden, am 19. Juli 2011 beim Landesgericht Leoben eingebrachten Klage begehrt die **Klägerin** von der Beklagten den Betrag von EUR 111.300,00 sA mit der Begründung, dass sie eine Tonziegeleierzeugerin mit Sitz in [...] sei. Zur Beheizung ihres zur Ziegelproduktion verwendeten Tunnelofens sei das Produkt Schweröl ZR von der Beklagten bezogen worden. Die Verwendung des gelieferten Schweröls habe am 9. September 2008 zum gegenständlichen Schaden in der Höhe von EUR 111.300,00 (inklusive 20% USt) geführt. Schadensursache sei die vertragswidrige Lieferung eines schadhafte Erdölproduktes gewesen. Hätte die Beklagte das Schweröl ZR in der garantierten Qualität (DIN 51603-4) geliefert, wäre der Schaden nicht eingetreten. Konkret seien durch das mangelhafte Heizöl in den Ölfiltern und beim Brenner des Tunnelofens massive Verstopfungen aufgetreten. Durch die massiven Verstopfungen seien die Ölpumpen und der Ölbrenner derart beschädigt worden, dass eine Betriebsunterbrechung notwendig gewesen sei. Die Klägerin fordere mit dieser Klage Schadenersatz einerseits für den erlittenen Mangelschaden und andererseits für den erlittenen Mangelfolgeschaden. Die Beklagte habe weder eine Gewährleistung noch eine Haftung für Schäden an der 38

Anlage oder für einen Produktionsausfall rechtswirksam ausschließen können. Nach ihren eigenen Ausführungen garantiere sie für die Einhaltung der Lieferspezifikation. Im Übrigen kontrahiere die Klägerin ausschließlich zu ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Die Beklagte sei von der Klägerin sofort mit dem Schadenseintritt konfrontiert worden. Bereits am 11. September 2008 sei das am 8. September 2008 gelieferte Heizöl über Veranlassung der Beklagten ausgepumpt und das Öl entsorgt worden. Mit Schreiben vom 5. November 2008 sei von der Klägerin eine Schadensaufstellung an die Beklagte übermittelt und der Schaden in der Höhe des Klagsbetrages beziffert und fällig gestellt worden. Die im Anschluss zwischen den Parteien geführten Vergleichsgespräche hätten in folgendem Ergebnis gemündet: Die Streitparteien wollten eine Geschäftsbeziehung aufrecht erhalten. Der von der Klägerin geltend gemachte Schadenersatzanspruch sollte über einen langfristigen Preisabschlag auf den regulären Marktpreis von der Beklagten bezahlt werden. Diese Vereinbarung sollte über drei Jahre gelten, sodass damit die Schadenersatzforderung zumindest in der Höhe des Klagsbetrages bereinigt gewesen wäre. Die mit Schreiben vom 10. Februar 2009 vorgeschlagene Preisformel sei zwischen den Streitparteien rechtswirksam vereinbart worden. Die Beklagte habe die Erklärung abgegeben, dass mit der Ausgleichszahlung die Forderungen aus dem Jahr 2008 (Vorfall vom 9. September 2008) bereinigt und verglichen seien. Die Beklagte habe ihre Haftung auch dem Grunde nach anerkannt.

39

Tatsächlich sei beginnend mit Mai 2009 die Lieferung des Schweröls ZR durch die Beklagte wieder aufgenommen worden. Die im oben angeführten Vergleich festgelegten Verrechnungsbedingungen seien von beiden Seiten eingehalten und schon teilweise erfüllt worden. Am 22. Mai 2009 sei von der Beklagten wiederum qualitativ mangelhaftes Öl angeliefert worden, dessen Verwendung neuerlich zu einem gravierenden Schaden an den Pumpen, den Brennern und dem Tunnelofen insgesamt geführt hätten. Bemerkenswert sei, dass die aus dem Vorfall vom 22. Mai 2009 resultierenden Schadenersatzforderungen von der Beklagten bezahlt worden seien. Im Zuge der außergerichtlichen Verhandlungen im Zusammenhang mit dem Vorfall aus dem Jahr 2009 sei unter anderem ein Sachverständiger aus dem Fachgebiet der Verfahrenstechnik und ein Sachverständiger aus dem Fachgebiet der technischen Chemie beigezogen worden. Nach den bisherigen Gutachtenergebnissen sei das von der Beklagten an die Klägerin gelieferte Schweröl für den Betrieb des Tunnelofens bei der Klägerin unbrauchbar. Die Konsequenz daraus sei die Unmöglichkeit der Erfüllung des Vergleichs über Grund und Höhe der Schadenersatzforderungen der Klägerin aus dem Vorfall vom 8. September 2008 aus dem Verschulden der Beklagten.

40

Die Klägerin stütze ihr Klagebegehren primär auf einen Schadenersatz aus der Nichterfüllung des Vergleichs bzw. Nichterfüllbarkeit des Vergleichs vom Februar 2009 sowie auch auf das Zustandekommen eines Schuldverhältnisses, wonach die Beklagte mit der Klägerin eine Vereinbarung für die Lieferung von Schweröl ZR für die Dauer von drei Jahren auf Basis eines fixen Preismodells, nämlich 65% Ölmarktreport OMR eingegangen sei. Die Beklagte habe diese Leistungsverweigerung selbst verschuldet. Subsidiär stütze sie ihre Ansprüche auf Schadenersatz aus dem Vorfall vom September 2008. Sowohl der Nichterfüllungsschaden aus der Vergleichsnichterfüllung als auch der entstandene Schaden aus dem Vorfall 2008 seien deckungsgleich mit dem Klagsbetrag. Durch den Produktionsstillstand bzw. die Produktionsfehlmengen im Jahr 2008 sei ein Produktionsausfall von 3,68 Ofentagen eingetreten. Daraus ermittle sich

41

bei einer Tonnage zwischen 52,48 und 60,72 täglich unter Berücksichtigung eines Preises von EUR 406,25 bzw. EUR 413,28 ein Produktionsausfall von insgesamt EUR 83.631,60 netto; hinzu kommen Personalkosten in der Höhe von EUR 3.287,45 netto und Ersatzteilkosten in der Höhe von EUR 5.831,58.

Auf das Rechtsverhältnis sei primär UN-Kaufrecht (Art. 74 ff., insbesondere Art. 75) und subsidiär deutsches Recht (§§ 241 ff. bzw. §§ 280 ff. BGB) anzuwenden. 42

Nach Vorliegen des Gerichtsgutachtens des Sachverständigen DI Dr. W[...] G[...] brachte die Klägerin ergänzend vor, dass sie zur Kenntnis nehme, dass die Ursache für den verfahrensgegenständlichen Schaden nicht ident mit der Ursache für den im Mai 2009 eingetretenen Schaden sei. Dennoch hafte die Beklagte für die Folgen des verfahrensgegenständlichen Schadens aus dem Titel des Schadenersatzes wegen Verletzung der sie treffenden Aufklärungspflichten. Durch das aktuelle Gutachten habe sich für die Klägerin erst jetzt herausgestellt, dass aufgrund der von der Beklagten nicht spezifizierten Sedimente die von der Klägerin seinerzeit eingesetzten Schraubenspindelpumpen zur Ölförderung ungeeignet gewesen seien, womit die Klägerin allerdings nicht rechnen habe müssen. Dem Vertreter der Beklagten DI R[...], somit im Ergebnis der Beklagten selbst, sei vorzuwerfen, nicht auf die Gefahr der Verlegung von Pumpen durch nicht spezifizierte Sedimente hingewiesen zu haben. Für die Klägerin sei es aufgrund des tatsächlich herrschenden und auch aufgrund des für sie vorauszusetzenden technischen Wissens nicht absehbar gewesen, dass bislang unbekannte Sedimente zu einem Pumpenschaden führen werden. Es mache für die Klägerin keinen Unterschied, ob der streitgegenständliche Schadensfall des Jahres 2008 auf eine durch unrichtige Verladung entstehende Verunreinigungen zurückzuführen sei, wie sie im Jahr 2009 objektiviert sei, oder auf eine generelle Ungeeignetheit des Öls der Beklagten für die Industrieanlage der Klägerin aufgrund eines zu hohen Sedimentanteils, wobei die Beklagte eben die Klägerin nicht über den sehr hohen Sedimentanteil informiert habe, was eine Aufklärungspflichtverletzung darstelle. Die Klägerin habe aufgrund der Spezifizierungen und der Angaben zur DIN davon ausgehen können, dass ein Sedimentanteil in Massenprozent nicht überschritten werde, der zu keinen Problemen bei den Schraubenspindelpumpen führe. Vor diesem Hintergrund sei die Klägerin nicht verpflichtet gewesen, den vom Sachverständigen relevierten Vergleich zwischen den Spezifikationen von Heizöl Schwer der ÖMV und dem Schweröl ZR vorzunehmen, wozu die Klägerin fachlich auch nicht im Stande gewesen wäre. 43

Die **Beklagte** bestritt das Klagsvorbringen und beantragte die Abweisung der Klage. 44

Sie wandte ein, dass Anfang März 2008 H[...] F[...]r (HJF Projektmanagement), der als Makler und Händler zwischen der Klägerin und der Beklagten tätig gewesen sei, von der Beklagten Daten über ein Heizölprodukt und ein Schwerölprodukt angefordert habe. Die Beklagte habe daraufhin am 6. März 2008 die geforderten Daten an H[...] F[...] übersandt. Bereits in diesem Schreiben sei darauf hingewiesen worden, dass die Lieferung ex Werk erfolge und Gewähr lediglich für die Einhaltung der Lieferspezifikationen geleistet sei. Eine weitergehende Gewährleistung sei ausgeschlossen worden, insbesondere auch eine Haftung für Schäden an Anlagen oder einem Produktionsausfall. Am 10. März 2008 seien die übersandten Informationen über die Erdölprodukte der Beklagten durch den Makler H[...] F[...] an die Klägerin weiterge- 45

leitet worden. Gleichzeitig sei diese um gewisse Daten gebeten worden, die aus zollrechtlichen Gründen bei der Lieferung von Erdölprodukten notwendig seien. Am 24. März 2008 seien der Beklagten von H[...] F[...] die geforderten Daten mitgeteilt worden. Nach einer zollrechtlichen Überprüfung habe die Beklagte ein Muster einer Liefervereinbarung über Schweröl ZR und eine Produktspezifikation dieses Schweröls an die H[...] P[...] übersandt. In dieser Liefervereinbarung sei ebenfalls darauf hingewiesen worden, dass die Lieferung ex Werk erfolge und dass die Gewährleistung auf die Einhaltung der Lieferspezifikation beschränkt sei und eine Haftung insbesondere für Schäden an den mit dem Schweröl betriebenen Anlagen ausgeschlossen werde. Am 9. Juli 2008 sei die Beklagte schließlich von H[...] F[...] darüber informiert worden, dass die Klägerin einen Tankzug Schweröl ZR zu den Terminen 17. Juli 2008 und 22. Juli 2008 bestelle. H[...] F[...] habe in diesem E-Mail auch bestätigt, dass über einen laufenden Liefervertrag für die Klägerin gesprochen und zu diesem Zweck das Muster des von der Beklagten übersandten Liefervertrages an die Klägerin übermittelt worden sei. Dieses sei der Klägerin somit bereits bei Anforderung der ersten Probelieferung bekannt gewesen. Einen direkten Kontakt zwischen der Klägerin und Beklagten habe es während der eben geschilderten Kommunikation nicht gegeben. H[...] F[...] sei als eingeschalteter Makler und Händler allerdings von der Beklagten ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht worden, dass es sich bei dem gelieferten Erdölprodukt nicht um Heizöl S nach DIN handle und bei dessen Einsatz deswegen einige Dinge zu beachten seien, insbesondere dass es nicht für konventionelle Schraubenspindelpumpen geeignet und auch die tatsächlich notwendige Filterfeinheit der Anlage zu prüfen sei. Von Herrn F[...] sei allerdings entgegnet worden, dass es sich bei der Klägerin um ein Ziegelwerk mit einfachster Brenntechnik handle und insoweit keine Probleme zu erwarten seien. Da der Beklagten aber die Beschaffenheit der Anlage der Klägerin nicht bekannt gewesen sei, habe diese von Anfang an eine Gewährleistung und eine Haftung für Schäden an der Anlage und einen Produktionsausfall ausgeschlossen. Die ersten Lieferungen von Schweröl der Beklagten an die Klägerin im Juli 2008 seien problemlos verlaufen. Es sei zu keinerlei Zwischenfällen im Werk der Klägerin gekommen. Im August 2008 seien die Lieferungen wegen des Sommerstillstandes des Ziegelwerkes unterbrochen gewesen. Nach der ersten Lieferung nach dem Betriebsstillstand am 9. September 2008 sei es dann zu einem Ausfall der Anlage gekommen. Daraufhin sei die Beklagte von H[...] F[...] kontaktiert worden, der die Beklagte darum gebeten habe, mit dem Betriebsleiter der Klägerin, Herrn E[...], Kontakt aufzunehmen. Im Gespräch mit Herrn E[...] sei der Beklagten mitgeteilt worden, dass im Betrieb der Klägerin Schraubenspindelpumpen verwendet werden, welche für die Verwendung von sedimenthaltigen Schwerölen ungeeignet seien. Aus diesem Grund habe die Beklagte den Makler H[...] F[...] auch darauf aufmerksam gemacht gehabt. Außerdem seien in der Brennersversorgung der Klägerin nicht ausreichend feine Kantenspaltfilter eingebaut, wobei auf diese Problematik ebenfalls von der Beklagten hingewiesen worden sei. Als Folge davon hätten Sedimente zu einer Verminderung der Durchflussmenge und zu einer Überhitzung des Öls in dem zur Vorwärmung eingesetzten Wärmetauscher geführt, wodurch sich zähflüssige Rückstände gebildet haben. Dies habe wiederum bedingt, dass die Dosiereinrichtungen der 72 Brenner verstopft worden seien und die Anlage ausgefallen sei. Nach dem besagten Ausfall der Brenneranlage sei die Klägerin an die Beklagte herangetreten und habe dieser mitgeteilt, dass man versuchen wolle, die Anlage mit leichtem Heizöl wieder in Gang zu bringen, weil diese sowohl mit Schweröl als auch mit Heizöl funktioniere. Da die Klägerin aber nur ge-

ringe Mengen an leichtem Heizöl auf Vorrat gehabt habe, sei vereinbart worden, dass die Beklagte ihr Heizöl R-LS liefere. Bei dieser Gelegenheit sei das gelieferte Schweröl ZR in Absprache mit der Klägerin von der Beklagten zurückgenommen worden. Im Anschluss sei das zurückgenommene Öl analysiert und festgestellt worden, dass dieses keine besondere Verschmutzung aufgewiesen und den Spezifikationen entsprochen, somit die verlangten Qualitätserfordernisse aufgewiesen habe. Die Klägerin habe vor Befüllen ihres Öltanks mit dem Heizöl R-LS das Schweröl ZR abgepumpt, wobei eine Restmenge des Schweröls von ca. 20 m³ im Tank verblieben sei. Sowohl das Abpumpen als auch das Anfüllen habe unter ausschließlicher Regie der Klägerin stattgefunden. Der Betrieb mit Heizöl R-LS habe allerdings nicht funktioniert, da der Ofen der Klägerin über keine entsprechende Brennstoffregelung verfüge und es zu einer Überhitzung gekommen sei.

Das von der Beklagten am 9. September 2008 gelieferte «Schweröl ZR» habe den vereinbarten und der Klägerin genannten Spezifikationen entsprochen. 46

Die Klägerin vermöge nicht darzutun, dass ihre Anlage aufgrund des Schweröls der Beklagten ausgefallen sei. Sämtliche Schweröllieferungen der Beklagten seien innerhalb der Spezifikation gewesen und hätten lediglich altöltypische Verunreinigungen aufgewiesen. Die Beklagte habe dies auch nach Rücknahme der Schweröllieferung im September 2008 überprüfen lassen. Unter diesem Gesichtspunkt sei nicht nachvollziehbar, warum die Anlage der Klägerin mit dem Schweröl der Beklagten im Juli 2008 einwandfrei funktioniert habe, dieses aber im September 2008 zum Ausfall der Anlage geführt haben solle. Die Beklagte habe sämtliche ihr gesetzlich oder vertraglich obliegenden Sorgfaltspflichten erfüllt. Aufgrund der umfassenden Aufklärung – vor allem hinsichtlich der Ungeeignetheit des Einsatzes von Schraubenspindel-pumpen und der notwendigen Filterfeinheit – und Zurverfügungstellung sämtlicher wesentlichen Unterlagen für die Beurteilung der Einsatzfähigkeit des von ihr gelieferten Schweröls gegenüber der H[...] P[...] und in weiterer Folge der Klägerin seien sämtliche Aufklärungspflichten erfüllt worden. Es sei nicht ersichtlich, dass die Beklagte spezielle Aufklärungspflichten gegenüber der Klägerin getroffen hätten. Allenfalls dennoch bestehende Aufklärungspflichten, deren Bestand bestritten bleibe, habe die Beklagte jedenfalls auch erfüllt: Die Klägerin sei ja mit E-Mailnachricht vom 10. März 2008 und mit Schreiben vom 19. Juni 2008 sowie mit E-Mailnachricht vom 10. Juni 2008 über Art und Qualität des von der Beklagten lieferbaren und dann gelieferten «Schweröl ZR» ausreichend informiert worden und auch davon in Kenntnis gesetzt worden, dass die Beklagte für Schäden an den mit dem von der Beklagten zu liefernden Schweröl ZR betriebenen Anlagen nicht haften wolle, auf welcher Basis die Klägerin dennoch Schweröl ZR bestellt und diese Bedingungen auch damit akzeptiert habe. Schließlich sei auch zu berücksichtigen, dass die bei der Klägerin im September 2008 aufgetretenen Probleme primär durch die von ihr eingesetzten, für den benötigten Zweck aber nicht geeigneten Pumpen verursacht worden seien, die auch für handelsübliches Heizöl Schwer nicht (dauerhaft) geeignet gewesen seien. Das bedeute, dass die im September 2008 aufgetretenen Probleme, wenn auch eventuell zu einem späteren Zeitpunkt, gleichermaßen selbst dann aufgetreten wären, wenn Lieferungen von Schweröl ZR der Beklagten nicht erfolgt wären. Außerdem sei nach dem Abpumpen der Lieferung der Beklagten, was offenbar am 11. September 2008 stattgefunden habe, eine Restmenge von Öl (welcher Herkunft auch immer) mit einem erheblichen Sedimentanteil im Tank verblieben, das die Klägerin in der Folge zu verfeuern 47

versucht habe, sodass die dann in der Folge weiter aufgetretenen Probleme, die dadurch verursacht worden seien, allein von der Klägerin zu verantworten seien. Im Sinne einer vorsichtigen und den jedenfalls bestehenden Schadensminderungspflichten der Klägerin entsprechenden Vorgangsweise hätte diese Restmenge nicht verwendet werden dürfen. All das habe offensichtlich wesentlich zum Gesamtschaden beigetragen. Dafür trage die Klägerin allein die Verantwortung.

Zur Zeit des Ausfalls der Anlage der Klägerin habe aus Gründen der Wirtschaftskrise das Öl der Beklagten schwerer als gewöhnlich Absatz gefunden. Deshalb sei man daran interessiert gewesen, zur Klägerin, zu der aufgrund des Betriebes eines Ziegelwerkes eine langfristige Geschäftsbeziehung realistisch erschienen sei, gute Beziehungen aufzubauen. Deshalb habe die Beklagte der Klägerin Konditionen für die zukünftige Lieferung von Schweröl angeboten, die so gestaltet gewesen seien, dass innerhalb eines akzeptablen Zeitraumes eine Preisersparnis bei der Klägerin eingetreten wäre, die in etwa die bei ihr durch die Vorkommnisse im September 2008 verursachten Schäden abgedeckt hätte. Dabei habe es sich um eine rein kaufmännische Maßnahme gehandelt, die kein Schuldeingeständnis dargestellt habe. Die Preisreduktion hätte man auch als eine Art «Einführungsrabatt» betrachten können. Überdies sei von Seiten der Beklagten als Bedingung für die genannten Lieferkonditionen verlangt worden, dass eine Vereinbarung getroffen werde, aus der hervorgehe, dass alle Forderungen der Klägerin aus dem Jahr 2008 gegenüber der Beklagten abgegolten seien. Eine derartige Erklärung von Seiten der Klägerin sei allerdings niemals erfolgt, eine dementsprechende Vereinbarung sei nicht zustande gekommen.

48

Wie sich aus dem Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 10. Februar 2009 ergebe, sei es somit Bedingung der Beklagten für die vergleichsweise Bereinigung der gegenständlichen Angelegenheit gewesen, dass die Klägerin erkläre, dass dadurch all ihre Forderungen gegen die Beklagte aus dem Jahr 2008 abgegolten seien. Eine derartige Erklärung sei von der Klägerin allerdings nie abgegeben worden. Folglich sei es nicht zu einem Vergleichsschluss zwischen den Verfahrensparteien gekommen. Die Tatsache, dass man eine Zeit lang zu den vereinbarten Konditionen geliefert habe, sei rechtlich nicht dahingehend auszulegen, dass man stillschweigend einen Vergleich geschlossen hätte, sondern bedeute, dass man sich stillschweigend für die getätigten Lieferungen auf den im Vergleichsanbot enthaltenen Preis geeinigt gehabt habe. Die Handlungen der Beklagten könnten jedoch nicht derart ausgelegt werden, dass sie einem Vergleich ohne Erfüllung der von ihr gestellten Bedingung einer Abgeltungserklärung von Seiten der Klägerin zugestimmt hätte. Überdies könne ohne ein beidseitiges Nachgeben den von der Klägerin angesprochenen Lieferungen nicht die Rechtsnatur eines Vergleiches zukommen. Mangels Fehlens einer Abgeltungserklärung hätte aber in dem von der Klägerin behaupteten Szenario nur die Beklagte nachgegeben. Insofern sich die Klägerin zur Begründung ihres Klagsanspruches auf einen Schadenersatzanspruch aus dem Ausfall ihrer Anlage stütze, gestehe sie außerdem zu, dass ein Vergleichsschluss nie stattgefunden habe.

49

Im Zuge der Kontakte zwischen der Beklagten und der Klägerin im Anschluss an den Vorschlag der Beklagten vom 10. Februar 2009, den die Klägerin nie angenommen habe, sei die Beklagte kulanter Weise bereit gewesen, technische Maßnahmen zu setzen, damit das von der Beklagten zu liefernde Schweröl ZR zusätzlich gefiltert werde, damit es von der Klägerin problemlos

50

verwendet werden könne. Dazu sollte außerdem eine bei der Klägerin zu installierende Filterstation mit einem «Siebkorbfilter» als «Polzeifilter» dienen. Der Einsatz dieser – bei der Klägerin auch tatsächlich installierten – Filterstation im Herbst 2009 habe allerdings gezeigt, dass auch der darin vorhandene «Siebkorbfilter» nicht geeignet gewesen sei, weil der Filter bereits nach kurzer Zeit, nach nur wenigen 100 Litern Durchfluss, «verblockt» gewesen sei. Ohne geeignete Filterstation oder andere geeignete Anlagenänderungen bei der Klägerin hätte also jede weitere Lieferung des bei der Beklagten verfügbaren Schweröl ZR wiederum voraussichtlich nur zu Problemen geführt, die jedoch außerhalb der Sphäre der Beklagten gelegen seien. Die Beklagte wäre im Herbst 2009 grundsätzlich auch bereit gewesen, die Klägerin zur Überbrückung statt mit Schweröl ZR mit Heizöl R-LS zu beliefern, das sei von der Klägerin mit der Begründung abgelehnt worden, dass damit im Ofen der Klägerin eine zu heiße Flamme entstünde. Da die Klägerin schließlich mit E-Mail vom 4. November 2009 – trotz der vorhergehenden Bemühungen der Beklagten um eine Lösung, wozu sie nicht verpflichtet gewesen wäre – unzutreffende und ungerechtfertigte Vorwürfe erhoben und rechtliche Schritte angekündigt habe, seien von Seiten der Beklagten keine weiteren Schritte zur Lösung der (auf Seiten der Klägerin gelegenen) technischen Probleme und der Meinungsverschiedenheiten mehr eingesetzt worden.

Die Beklagte habe somit mit der Klägerin weder einen Vergleich noch eine sonstige Vereinbarung darüber geschlossen, dass hier beginnend mit dem Jahr 2009 für eine bestimmte Zeit oder in sonst bestimmter Art und Weise die Beklagte der Klägerin Schweröl ZR liefere. Im Herbst 2009 sei es zu keinen weiteren Lieferungen gekommen, weil die Klägerin solche nicht mehr gewollt habe und auch nicht bereit gewesen sei, in ihrem Bereich die notwendigen Anpassungen ihrer Anlage zu veranlassen, welche erforderlich gewesen wären, um ein sicheres Verfeuern des Schweröls ZR der Beklagten bei der Klägerin zu ermöglichen. Der Haftpflichtversicherer der Beklagten habe die Schadenersatzansprüche der Klägerin aus dem Schaden, der verursacht durch die Lieferung im Mai 2009 entstanden sei, erfüllt. Überdies stehe dieser Schaden in keinem rechtlich relevanten Zusammenhang mit den klagsgegenständlichen Vorfällen. Zur Zeit der klagsgegenständlichen Lieferungen habe die Beklagte keine Kenntnis von den angesprochenen AGB der Klägerin gehabt. Sie sei auch nicht auf die AGB der Klägerin hingewiesen worden. Diese konnten somit nicht Vertragsbestandteil werden. Bei den vorgelegten AGB der Klägerin handle es sich überdies um sogenannte Verkaufsbedingungen, nicht jedoch um Einkaufsbedingungen. Sie seien somit auf den Erwerb der Erdölprodukte von der Beklagten gar nicht anwendbar gewesen, sondern würden sich ausschließlich auf den Fall beziehen, dass die Klägerin als Verkäuferin tätig werde.

51

Aufgrund der Hauptleistungspflicht der Beklagten, unabhängig davon, ob man den Liefervertrag, der zur Lieferung im September 2008 geführt habe oder einen allfälligen Vergleich, dessen Abschluss bestritten bleibe, betrachte, sei grundsätzlich deutsches Sachrecht anzuwenden, in seinem Anwendungsbereich demnach auch das UN-Kaufrecht. Von dessen Anwendungsbereich seien insbesondere die Fragen ausgenommen, die sich im Zusammenhang mit dem allfälligen Abschluss eines Vergleiches darstellen. Dafür sei primär das deutsche BGB anzuwenden.

52

Die Klägerin behaupte einerseits, dass der Klagsanspruch in einer Schadenszufügung dadurch begründet sei, dass die Beklagte mangelhafte Erdölprodukte geliefert habe, andererseits

53

werde vorgebracht, dass über den besagten Schaden ein Vergleich geschlossen worden wäre, aus dem der Klagsbetrag zustehen würde. Die beiden genannten Gründen würden einander jedoch rechtlich und tatsächlich ausschließen, sodass das Vorbringen der Klägerin schon dem Grunde nach widersprüchlich und daher unschlüssig sei. Auch der Höhe nach sei das Klagebegehren unschlüssig. Selbst wenn man einen Vergleichsabschluss bejahen würde, wäre unklar, weshalb der Klägerin aufgrund der Nichterfüllung des Vergleichs durch die Beklagte der genannte Betrag zustehen sollte. Die Klägerin hätte dann lediglich Anspruch auf die Lieferung von Erdölprodukten zu einem bestimmten Preis. Das Vorbringen der Klägerin zur Begründung eines Anspruches auf Zahlung in der Höhe von EUR 111.300,00 im Zusammenhang mit der behaupteten Verletzung des Vergleichs sei insofern unschlüssig, als zwar im Schreiben vom 10. Februar 2009 der Klägerin eine Einsparung von insgesamt mindestens EUR 90.000,00 bis zu EUR 135.000,00 für den Zeitraum von drei Jahren in Aussicht gestellt worden sei, das allerdings ausdrücklich auf Basis verschiedenster Prämissen (Preise und abgenommene Mengen), sodass für eine schlüssige Begründung eines aus dem möglichen Vergleich resultierenden Schadenersatzanspruches erforderlich sei, dass die Klägerin darlege, welche Mengen an Brennstoffen welcher Qualität sie in den relevanten drei Jahren von wem bezogen habe, um aufzuzeigen, dass durch die allfällige Verletzung des Vergleiches die im Schreiben vom 10. Februar 2009 in Aussicht gestellte Einsparung nicht erzielt werden konnte. Soweit die Klägerin ihre Ansprüche nun auch subsidiär auf den Vorfall vom September 2008 stütze, sei ihr entgegengehalten, dass Schadenersatzansprüche nicht umsatzsteuerpflichtig seien, sich somit aus der Beilage ./C höchstens ein Anspruch von EUR 92.750,64 ableiten lasse. Überdies sei in der vorgetragenen Schadensberechnung nicht berücksichtigt, welche Kosten sich die Klägerin während der Zeit des Produktionsausfalles erspart habe. Überdies hätte die Klägerin die in der Zeit des Produktionsausfalles nicht produzierten Ziegel zukaufen und damit den Schaden wesentlich verringern können.

In der mündlichen Verhandlung vom 11. Jänner 2013 wandte die Beklagte ergänzend ein, dass die Klägerin ihren Anspruch bisher tatsächlich ausschließlich darauf gestützt habe, dass die Beklagte im Herbst 2008 vereinbarungswidriges Öl geliefert hätte und daraus ihren Anspruch abgeleitet habe. Sollte es zugelassen werden, dass die Klägerin ihren Anspruch (auf Zahlung) nunmehr auf eine andere und neue Anspruchsgrundlage stütze, nämlich auf eine angebliche Aufklärungspflichtverletzung, so werde der Klägerin insoweit die Verjährung ihres Anspruches entgegengehalten, weil sie bereits im Herbst 2008 gewusst habe oder wissen hätte können, dass ihr Anspruch auch auf dieser Grundlage bestehen könnte. Seit dieser Zeit seien mehr als drei Jahre vergangen, sodass die dreijährige Verjährungsfrist abgelaufen sei.

54

Den Zuständigkeitseinwand, wonach das Landesgericht L[...] (international) für die Entscheidung im vorliegenden Rechtsstreit nicht zuständig sei, zog die Beklagte mit Schriftsatz vom 3. November 2011 (ON 12) zurück.

55

Mit dem **angefochtenen Urteil** wies das Erstgericht die Klage zur Gänze ab.

56

Es traf über den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt hinausgehend insgesamt die auf den Seiten 7 bis 20 des angefochtenen Urteils ersichtlichen Feststellungen, auf deren Inhalt zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird. Die kursiv dargestellten Feststellungen zu Punkt 1. bis 4. werden von der Berufung der Klägerin bekämpft.

57

Rechtlich führte das Erstgericht aus, dass dem vorliegenden Rechtsstreit Öllieferungen der Beklagten, welche in Deutschland situiert sei, an die in Österreich ansässige Klägerin zugrunde liegen. Folglich finde das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (UN-KaufR) Anwendung. Soweit das UN-KaufR keine Regelungen beinhalte, sei, zumal die Beklagte als deutsches Unternehmen die charakteristische Vertragsleistung erbracht habe (Lieferung von Erdölprodukten), nach Art. 4 Abs. 2 des auf den vorliegenden Sachverhalt noch anzuwendenden Europäischen Vertragsrechtsübereinkommens (EVÜ) deutsches Zivilrecht subsidiär anzuwenden.

58

Die Klägerin habe ihr Begehren primär auf einen Vergleich gestützt. Weil das UN-KaufR diesbezüglich keine Bestimmung enthalte, seien die materiell-rechtlichen Bestimmungen der §§ 779 ff. des BGB auf die Frage, ob streitgegenständlich ein Vergleich geschlossen worden sei, anzuwenden. Gemäß § 779 BGB sei ein Vergleich ein Vertrag, «durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird». Wie nach österreichischem Recht sei daher nach deutschem Recht ein Vergleich zunächst ein schuldrechtlicher Vertrag (*Sprau* in Palandt, BGB⁷⁰, § 779 Rz. 1a). Wie nach österreichischem Recht setzt nach deutschem Recht jeder Vertrag eine Willenseinigung voraus (*Ellenberger* in Palandt, BGB⁷⁰, Vor § 145 Rz. 3). § 154 BGB bestimme, dass im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen sei, so lange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrages geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden solle. Im vorliegenden Fall sei von der Beklagten zur Voraussetzung einer Vereinbarung über die Lieferung von Schweröl ZR auf Basis einer bestimmten Preisformel über drei Jahre gemacht worden, dass eine «Vereinbarung zwischen unseren Häusern», also eine Vereinbarung zwischen beiden Streitparteien, erfolge, die unter anderem die «Bestätigung» enthalte, dass die Forderungen der Klägerin aus dem Jahr 2008 «damit abgegolten sind». Eine derartige Bestätigung habe die Klägerin unstrittig niemals schriftlich abgegeben. Eine mündliche Annahme sei nicht festgestellt worden. Aufgrund der Beweislastregel, dass jeder die für ihn günstigen Umstände zu beweisen habe, sei zu Lasten der Klägerin davon auszugehen, dass auch keine mündliche Annahme erfolgt sei. Im Übrigen würde eine solche der offenkundigen Intention der Beklagten, Rechtssicherheit durch eine «Bestätigung» zu erhalten, zuwiderlaufen.

59

Es sei entgegen der Ansicht der Klägerin auch nicht möglich, aus der unstrittigen Anwendung der im Jänner/Februar 2009 besprochenen Preisformel auf die Lieferungen vom Mai 2009 zu schließen, dass die Beklagte damit konkludent auf ihre vormalige Bedingung (die Klägerin solle bestätigen, dass mit der dreijährigen Vereinbarung ihre Forderungen aus dem Vorfall des Jahres 2008 erledigt seien) verzichtet hätte. Zum einen habe am 13. Mai 2009 die Beklagte erklärt, dass die Preiskonditionen «gültig für Lieferungen im Monat Mai» seien. Die Worte «gültig für Lieferungen im Monat Mai» würden erkennen lassen, dass sich die Beklagte nur dazu verpflichten wollte, die Lieferungen vom Mai 2009 auf Basis der für die Klägerin günstigen Preisformel abzurechnen. Dahingehend, dass sie sich dazu verpflichtet hätte, für drei Jahre der Klägerin zur betreffenden günstigen Preisformel Öl zu liefern, habe die Klägerin den Inhalt des zitierten Schreibens bzw. die Abrechnung der Lieferungen vom Mai 2009 auf Basis der günstigen Preisformel nicht verstehen dürfen. Der OGH habe nämlich in 7 Ob 688/87 zur Auslegung von Willenserklärungen nach deutschem Zivilrecht wie folgt festgehalten: «Nach den von der Lehre und der Rechtsprechung daraus entwickelten Auslegungsgrundsätzen sind

60

empfangsbedürftige Willenserklärungen so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte und der ihm erkennbaren Umstände im Einzelfall verstehen musste. Der Erklärungsempfänger ist nach Treu und Glauben gehalten, unter Berücksichtigung aller ihm erkennbaren Umstände mit gehöriger Aufmerksamkeit zu prüfen, was der Erklärende gemeint hat». Für einen redlichen Erklärungsempfänger sei offenkundig gewesen, dass die Beklagte lediglich die Lieferungen im Mai 2009 auf Basis der betreffenden Preisformel abrechnen wollte. Dass die Beklagte damit auf ihre in Beilage ./H genannte Bedingung verzichten wollte, habe die Klägerin nach Treu und Glauben nicht annehmen dürfen; ein derartiger Bedeutungsinhalt habe der obigen Willenserklärung der Beklagten vom 13. Mai 2009 daher nicht beigemessen werden können. Die Beklagte habe daher entgegen der Rechtsansicht der Klägerin durch die Abrechnung der Lieferungen vom Mai 2009 auf Basis der für die Klägerin günstigen Preisformel nicht auf ihre Bedingung für das Zustandekommen einer derartigen dreijährigen Liefervereinbarung, es müsse von der Klägerin eine Bestätigung abgegeben werden, dass deren Forderungen aus dem Jahr 2008 damit abgegolten seien, verzichtet. Nach der Bestimmung des § 154 BGB sei folglich kein Vertrag und damit auch kein Vergleich zwischen den Streitparteien geschlossen worden. Die Klägerin könne sich daher nicht auf einen Vergleich als Rechtsgrundlage stützen.

Zumal nicht nur kein Vergleich, sondern überhaupt kein Vertrag über eine dreijährige Belieferung der Klägerin durch die Beklagte zustande gekommen sei, könne sich die Klägerin auch nicht darauf berufen, es wäre die Beklagte zwar nicht aus einem Vergleich, aber aus einem immerhin geschlossenen diesbezüglichen Vertrag verpflichtet gewesen, ihr drei Jahre lang günstig Öl zu liefern.

61

Voraussetzung einer Schadenersatzpflicht nach Art. 74 f. UN-KaufR sei eine durch die Beklagte «begangene Vertragsverletzung», aus welcher der anderen (klagenden) Partei ein entsprechender Verlust entstanden sein müsse. Gemäß Art. 35 Abs. 1 UN-KaufR habe der Verkäufer Ware zu liefern, die in ihrer Menge, Qualität und Art sowie hinsichtlich Verpackung sowie Behältnis den Anforderungen des Vertrages entspreche. Im vorliegenden Fall sei allein vertraglich vereinbart, dass das von der Beklagten gelieferte Schweröl ZR jenen Spezifikationen entsprechen müsse, die aus dem von der Beklagten der Klägerin zur Verfügung gestellten Datenblatt über das Schweröl ZR ersichtlich gewesen seien. Das Schweröl ZR der Beklagten habe festgestelltermaßen diese Spezifikationen erfüllt. Die Einhaltung der DIN-Norm 51603-4 habe die Beklagte allein für ihr Produkt Heizöl R-LS, nicht für das streitgegenständlich gewählte Produkt Schweröl ZR angeboten. Es liege daher keine Vertragsverletzung (Art. 74) aufgrund einer Nichtvertragsgemäßheit der gelieferten Ware im Sinne des Art. 35 Abs. 1 UN-KaufR vor.

62

Auch im Lichte des Art. 35 Abs. 2 lit. a UN-KaufR sei der Klägerin nicht geholfen. Danach entspreche, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben, eine Ware dem Vertrag nur, «wenn sie sich für die Zwecke eignet, für die die Ware der gleichen Art gewöhnlich gebraucht wird». Im vorliegenden Fall werde Schweröl ZR vornehmlich von Zementwerken, Kupferhütten und dergleichen eingesetzt. Für einen Gebrauch in derartigen Industrieanlagen sei Schweröl ZR ohne Einschränkung festgestelltermaßen brauchbar. Das gelieferte Schweröl ZR sei daher für jene Zwecke, für welche es «gewöhnlich gebraucht wird» geeignet gewesen. Nach lit. b leg. cit. entspreche, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben, die Ware dem Vertrag nur, «wenn sie sich für einen bestimmten Zweck eignet, der dem Verkäufer bei

63

Vertragsabschluss ausdrücklich oder auf andere Weise zur Kenntnis gebracht wurde, sofern sich nicht aus den Umständen ergibt, dass der Käufer auf die Sachkenntnis und das Urteilsvermögen des Verkäufers nicht vertraute oder vernünftigerweise nicht vertrauen konnte». Im vorliegenden Fall habe die Klägerin (Käuferin) der Beklagten (Verkäuferin) bei Vertragsabschluss weder ausdrücklich noch auf andere Weise zur Kenntnis gebracht, dass das Schweröl ZR in einem Ofen eingesetzt werden solle, zu dem das Öl über Schraubenspindelpumpen befördert werde. Die Beklagte habe feststelltermaßen nicht gewusst, dass der Ofen der Klägerin über Schraubenspindelpumpen mit Treibstoff versorgt werde. Auch aus Art. 35 Abs. 2 lit. b UN-KaufR könne daher keine Vertragswidrigkeit der gelieferten Ware abgeleitet werden. Es liegt daher keine Vertragswidrigkeit der gelieferten Ware im Sinne des Art. 35 UN-KaufR vor.

Die Beklagte habe feststelltermaßen die Klägerin aufgefordert, aus eigenem zu überprüfen, ob das Schweröl ZR für ihre Industrieanlage (deren Beschaffenheit der Klägerin unbekannt gewesen sei) geeignet sei. Zudem wäre feststelltermaßen einem vorbildlichen Industrieunternehmen aufgefallen, dass sich die Spezifikation des vormals verfeuerten Öls der ÖMV von jenem des nunmehr ins Auge gefassten Öls (Schweröl ZR) der Beklagten unterscheide, insbesondere dass in Bezug auf den Feststoffgehalt zwar das ÖMV-Öl, nicht hingegen das hier streitgegenständliche Schweröl ZR der Beklagten eine bestimmte Spezifikation enthalte. In Anbetracht all dessen habe die Beklagte in keiner Weise in Bezug auf die nicht vorhandene Spezifikation «Feststoffgehalt» eine Aufklärungspflichtverletzung begangen. Nach deutschem Recht ergebe sich nämlich eine Aufklärungspflicht dann, «wenn der andere Teil nach Treu und Glauben und den im Verkehr herrschenden Anschauungen redlicherweise Aufklärung erwarten durfte» (*Grüneberg* in Palandt, BGB⁷⁰, § 242 Rz. 37; siehe auch BGH NJW 2002, 1042: «... hat der Verkäufer nach § 242 BGB den Käufer auch ungefragt über solche Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck (des anderen) vereiteln können und daher für seinen Entschluss von wesentlicher Bedeutung sind, sofern er die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten konnte»). Dies sei hier gerade nicht der Fall. Feststelltermaßen hätte ein ordnungsgemäßes Industrieunternehmen selbst überprüft, ob das neue Öl überhaupt für die eigene Anlage geeignet sei. Zudem wäre die Abgabe einer Spezifikation für Feststoffgehalt der Beklagten feststelltermaßen gar nicht möglich gewesen, sodass von ihr nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) auch nicht verlangt werden könne, eine solche vorzunehmen. Schließlich würde es die Aufklärungspflicht einer Raffinerie überspannen, Industrieunternehmen darüber aufzuklären, wie deren Motoren oder Öfen beschaffen sein müssen, um das gelieferte Ölprodukt verarbeiten zu können. Ob das angebotene Ölprodukt von der eigenen Anlage verarbeitbar sei, müsse jeder industrielle Anlagenbetreiber selbst eruieren.

64

Ein Haftungsanerkennnis durch die Beklagte sei nicht ersichtlich. Ein ausdrückliches Anerkenntnis habe die Beklagte nicht abgegeben. Fehle es an einem ausdrücklichen Schuldanerkennnis, so sei aber nach deutschem Recht nur unter engen Voraussetzungen ein Anerkenntnis dennoch anzunehmen. Dabei würden Äußerungen im Rahmen von Vergleichsverhandlungen in der Regel für sich genommen keinen Bestätigungswillen (*Sprau* in Palandt, BGB⁷⁰, § 781 Rz. 3) beinhalten. In Anbetracht dessen könne insbesondere auch aus dem Passus im E-Mail der Beklagten vom 13. Mai 2009, wonach die Lieferung zum Sonderpreis «zur Kompensation ihres Schadens» erfolgte, kein Schuldanerkennnis erblickt werden.

65

Gegen dieses Urteil richtet sich die **Berufung der Klägerin** wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil dahingehend abzuändern, dass dem Klagebegehren vollinhaltlich stattgegeben werde; hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt. 66

Die **Beklagte** erstattete eine **Berufungsbeantwortung**; sie verneint das Vorliegen der geltend gemachten Rechtsmittelgründe und beantragt, der Berufung der Klägerin nicht Folge zu geben. 67

Die Berufung ist **nicht berechtigt**. 68

A. Zur Mangelhaftigkeit:

Die Klägerin rügt als Verfahrensmangel, dass das Erstgericht den beigezogenen Sachverständigen nicht – entsprechend dem Beweisantrag der Klägerin – mit der Ermittlung der Schadenshöhe auf Basis der von der Klägerin vorgelegten Unterlagen (insbesondere Beilage ./C) beauftragt hat. 69

Ein (primärer) Verfahrensmangel, wie der hier geltend gemachte Stoffsammlungsmangel, kann nur dann mit Erfolg geltend gemacht werden, wenn der Mangel wesentlich ist, also abstrakt geeignet ist, eine unrichtige Entscheidung herbeizuführen (*Pimmer* in *Fasching/Konecny*², § 496 Rz. 34 f.). 70

Das Erstgericht hat den beantragten Sachverständigenbeweis zur Schadenshöhe nicht aufgenommen, weil es den geltend gemachten Anspruch der Klägerin dem Grunde nach verneint hat. Im Hinblick darauf, dass das Berufungsgericht, wie im Rahmen der Behandlung der Rechtsrüge aufzuzeigen sein wird, diese Rechtsansicht des Erstgerichts teilt, ist die Höhe des Schadens der Klägerin nicht entscheidungsrelevant und fehlt es dem geltend gemachten Verfahrensmangel somit an der Wesentlichkeit. 71

B. Zur Beweisrüge:

Die Klägerin bekämpft unter dem Rechtsmittelgrund der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung die unter Punkt 1. bis 4. oben kursiv wiedergegebenen Feststellungen des Erstgerichtes und begehrt nachstehende Ersatzfeststellungen: 72

1. *Der beklagten Partei war durch den Schriftverkehr zwischen dem Zeugen Fi[...] und dem Zeugen R[...] vom 24.März 2008 (Beilage ./3) und dem Schriftverkehr vom 9. Juli 2008 (Beilage ./5) bekannt, dass es sich bei ihrem Kunden um das Ziegelwerk der klagenden Partei handelte.*

Die beklagte Partei hatte für die klagende Partei nach dem Inhalt der Beilage ./1 unterschiedliche Produkte, nämlich Heizöl und Schweröl, angeboten.

Mit Beilage ./3 wurde der beklagten Partei vom Zeugen F[...] mitgeteilt, dass die klagende Partei sowohl Heizöl als auch Schweröl kaufen möchte.

Nach dem Inhalt der Beilage ./24 wusste die beklagte Partei, dass die Verwendung einer Schraubenspindelpumpe bei Schwerölfeuerungen der Normalfall ist.

2. *Die klagende Partei hat selbst nicht überprüft, ob das Schweröl ZR für die eigenen Pumpen geeignet ist.*
3. *Die beklagte Partei hat gegenüber der klagenden Partei die Einhaltung der in der DIN 51603 genannten Werte garantiert.*
4. *Die klagende Partei hat durch Geschäftsführer S[...] das Angebot der beklagten Partei laut Beilage ./H fernmündlich gegenüber der beklagten Partei angenommen.*

Die beklagte Partei lieferte und berechnete daraufhin «wie besprochen» Schweröl ZR unter Berücksichtigung des der klagenden Partei zur Kompensation ihres Schadens angebotenen zusätzlichen Preisabschlages.

1.

Das Erstgericht hat die bekämpfte Feststellung zu Punkt 1. auf die Aussagen der Zeugen DI R[...] R[...] und H[...] F[...] sowie die Ausführungen des Sachverständigen DI Dr. W[...] G[...] in seinem schriftlichen Gutachten vom 1. Oktober 2012 gestützt.

73

Die Berufung setzt dem entgegen, dass sich das Erstgericht zwar mit den Aussagen der Zeugen F[...] und DI R[...] über deren Gesprächsergebnisse, nicht jedoch mit dem Inhalt der Beilagen ./3, ./5 und ./24 beschäftigt habe. Hätte sich das Erstgericht nicht nur auf die Gesprächsinhalte, sondern auch auf den Inhalt der genannten Beilagen bezogen, so hätte es zur Überzeugung gelangen müssen, dass der Klägerin durch diesen Schriftverkehr das Betätigungsfeld der Klägerin, nämlich die Ziegelerzeugung, spätestens seit 9. Juli 2008 bekannt gewesen sei. Selbst wenn das Erstgericht über den Informationsaustausch zwischen den Zeugen F[...] und R[...] bzw. zwischen dem Zeugen Ing. E[...] und dem Zeugen F[...] lediglich Negativfeststellungen treffen konnte, hätte es bei konsequenter Würdigung der vorgelegten Urkunden die beantragten Ersatzfeststellungen treffen müssen.

74

Die Beweistrüge ist nicht berechtigt.

75

Der Zeuge H[...] F[...] gab anlässlich seiner Einvernahme an, dass die Spezifikationen des Ofens der Klägerin – und damit auch die Verwendung von Schraubenspindelpumpen durch die Klägerin – vor der Bestellung bzw. dem Schadensfall kein Gesprächsthema zwischen ihm und DI R[...] (der Beklagten) war. Der Zeuge DI R[...] gab an, dass er erst nach dem Schadensfall vom September 2008 erfuhr, dass eine Schraubenspindelpumpe bei der Klägerin in Verwendung stand. Die Klägerin vermag nicht aufzuzeigen, warum das Erstgericht diesen Angaben nicht folgen hätte dürfen. Der bloße Umstand, dass aus dem Inhalt der Urkunden Beilagen ./1, ./3, ./5 und ./24 allenfalls weitere Feststellungen möglich gewesen wären, vermag die Aussagen der genannten Zeugen, auf Basis derer das Erstgericht die bekämpfte Feststellung getroffen hat, nicht zu entkräften.

76

Aus der in den Beilagen ./3 und ./5 dokumentierten bloßen Kenntnis des Unternehmensgegenstandes der Klägerin lässt sich nicht ableiten, dass die Beklagte Kenntnis gehabt hätte, dass

77

die Klägerin Schraubenspindelpumpen verwendet. Das E-Mail des DI R[...] vom 17. September 2008 Beilage ./24 bestätigt die Aussage dieses Zeugen, dass er (erst) nach dem Schadensfall Kenntnis von der Verwendung einer Schraubenspindelpumpe durch die Klägerin erlangt hat.

Die bekämpfte Feststellung ist somit nicht zu beanstanden.

78

Soweit die Klägerin mit ihrer Ersatzfeststellung begehrt, dass das Erstgericht ergänzende Feststellungen trifft, macht sie einen sekundären (rechtlichen) Feststellungsmangel geltend, der im Rahmen der Rechtsrüge zu behandeln ist (*Kodek* in *Rechberger*³, § 496 Rz. 4). Das Berufungsgericht übernimmt daher die bekämpfte Feststellung und legt sie seiner Entscheidung zugrunde.

79

2.

80

Die Klägerin bekämpft weiters die auf Basis der gutachterlichen Ausführungen des Gerichtssachverständigen DI Dr. G[...] getroffene Feststellung zu Punkt 2. mit der Begründung, dass es sich dabei, wie der Sachverständige selbst angegeben habe, in Wahrheit um eine rechtliche Beurteilung handle. Das Erstgericht habe das Sachverständigengutachten unrichtig gewürdigt. Ein Sachverständigengutachten diene dem Gericht dazu, Kenntnis von Tatsachen zu vermitteln. Bei den gutachterlichen Erläuterungen des Sachverständigen handle es sich nicht um Tatsachen. Bei richtiger Würdigung der in diesem Fall – unstrittig – hervorgekommenen Beweisergebnisse hätte das Erstgericht daher die begehrte Ersatzfeststellung treffen müssen.

Die Beweisrüge ist nicht berechtigt.

81

Die bekämpfte Feststellung findet in den gutachterlichen Ausführungen des Gerichtssachverständigen DI Dr. G[...] in der mündlichen Verhandlung vom 11. Jänner 2013 vollinhaltlich Deckung. Soweit die Klägerin geltend macht, dass es sich dabei um eine rechtliche Beurteilung handeln würde, übersieht sie, dass der Gerichtssachverständige nur hinsichtlich seiner Einschätzung, dass die Einhaltung der DIN-Norm 51603-4 vertraglich nicht vereinbart war, angegeben hat, dass es sich dabei in Wahrheit um eine rechtliche Beurteilung handelt. Die hier bekämpften Ausführungen stellen hingegen gutachterliche Stellungnahmen dar, die der Gerichtssachverständige aufgrund seiner Fachkenntnis und insbesondere seiner beruflichen Erfahrung betreffend die Gepflogenheiten bzw. den praktischen Arbeitsablauf bei ordnungsgemäß arbeitenden Industrieunternehmen getätigt hat. Die Klägerin konnte weder im Verfahren erster Instanz noch im Rahmen ihres Rechtsmittels darlegen, dass bzw. inwieweit die gutachterlichen Ausführungen des Gerichtssachverständigen unrichtig wären. Mit der begehrten Ersatzfeststellung gesteht die Klägerin selbst ein, nicht überprüft zu haben, ob das Schweröl ZR für ihre Pumpen geeignet war.

82

Das Berufungsgericht übernimmt daher die bekämpfte Feststellung und legt sie seiner Entscheidung zugrunde.

83

3.

84

Das Erstgericht hat die bekämpfte Feststellung zu Punkt 3. oben auf die gutachterlichen Ausführungen des Gerichtssachverständigen gestützt.

Die Berufung setzt dem entgegen, dass diese Äußerung des Sachverständigen durch die vorgelegten Urkunden widerlegt sei. Aus dem Inhalt der Beilage ./J, nämlich der Rechnung der Beklagten vom 13. Mai 2009, ergebe sich das Garantieverprechen der Einhaltung der in der DIN 51603 genannten Werte. Das Erstgericht habe sich mit dem Inhalt dieser Beilage nicht auseinandergesetzt bzw. die rechtliche Beurteilung des Sachverständigen unkritisch als Feststellung übernommen. 85

Die Beweistrüge ist nicht berechtigt. 86

Der Gerichtssachverständige hat im Rahmen der mündlichen Gutachtenserörterung in der mündlichen Verhandlung vom 11. Jänner 2013 angegeben, dass hinsichtlich des von der Beklagten der Klägerin gelieferten Schweröls ZR die Einhaltung der DIN-Norm (51603-4) vertraglich nicht vereinbart war. Gleichzeitig gestand er zu, dass es sich dabei in Wahrheit um eine rechtliche Beurteilung handelt. Der Sachverständige hat die vom Erstgericht als Feststellung übernommene und von Seiten der Klägerin im Rahmen der Gutachtenserörterung auch nicht weiter in Frage gestellte Aussage, dass die Einhaltung dieser DIN-Norm vertraglich nicht vereinbart wurde, auf die ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen bzw. Beweisergebnisse gestützt. Aus diesen ergibt sich auch tatsächlich nicht, dass die Beklagte der Klägerin hinsichtlich ihres Produktes Schweröl ZR die Einhaltung der DIN-Norm 51603-4 zugesichert hätte bzw. dass die Streitparteien dies vereinbart hätten. Damit steht die bekämpfte Feststellung aber im Einklang mit den vorliegenden Beweisergebnissen und ist nicht zu beanstanden. Die Klägerin vermag im Übrigen im Rahmen ihrer Beweistrüge nichts Gegenteiliges aufzuzeigen. Der Verweis auf die Urkunde Beilage ./J ist nicht zielführend, datiert diese doch vom 13. Mai 2009 und ist damit für die der streitgegenständlichen Lieferung zugrundeliegende Vereinbarung aus dem Jahr 2008 nicht relevant; sie steht auch im Widerspruch zur Beilage ./1. 87

Darüber hinaus hat der Gerichtssachverständige ausgeführt, dass sich die DIN 51603-4 nicht auf Schweröl, wie das Produkt Schweröl ZR der Beklagten, sondern auf Mittelöldestillate bezieht und damit das streitgegenständliche Schweröl ZR der Beklagten grundsätzlich nicht die Erfordernisse der DIN 51603-4 einhalten kann. 88

Das Berufungsgericht übernimmt daher die bekämpfte Feststellung und legt sie seiner Entscheidung zugrunde. 89

4. Die Klägerin bekämpft schließlich die zu Punkt 4. a) bis c) kursiv wiedergegebenen Feststellungen des Erstgerichtes insoweit, als sie sich auf eine angeblich niemals geschlossene bzw. nicht zustande gekommene Vereinbarung laut Beilage ./H beziehen. 90

Das Erstgericht hat diese Feststellungen auf die Aussage des DI R[...] und die Angaben des Geschäftsführers der Klägerin W[...] S[...] gestützt und im Rahmen seiner Beweiswürdigung dazu ausgeführt, dass die Negativfeststellung (zu Punkt 4. a)) über eine angebliche mündliche Annahme des aus Beilage ./H ersichtlichen Vergleichsvorschlages durch die Klägerin sich wiederum auf das Fehlen diesbezüglicher Beweisergebnisse stütze. Laut Aussage von Geschäftsführer S[...] solle er selbst bei einem Telefonat gegenüber DI R[...] erklärt haben, das betreffende Angebot anzunehmen. Die Aussage von Geschäftsführer S[...] sei diesbezüglich jedoch widersprüchlich und nicht überzeugend gewesen. So sei er zunächst gefragt worden, wie die 91

Beklagte das betreffende Anbot des DI R[...] annahm, worauf er geantwortet habe «wir nahmen dies an, indem wir das Schreiben, das gekommen ist, wo auch mehr Sachen enthalten waren, nämlich was die beklagte Partei alles ändern würde, akzeptiert haben.» Auf die insistierende Anfrage, wie die Klägerin das Schreiben akzeptiert habe, habe er angegeben: «Indem wir weitere Telefonate hatten bzw. indem wir auch im Mai des Jahres 2009, ich glaube es war im Mai, Waren bekommen haben und auch in Hinsicht auf diesen besagten Preisspiegel abgerechnet wurde.» Geschäftsführer S[...] habe daher zunächst erklärt, dass das Angebot dadurch angenommen worden sei, indem die Klägerin Waren bekommen habe und entsprechend der Vereinbarung abgerechnet worden sei. Dass durch ausdrückliche verbale Erklärung das Angebot des DI R[...] angenommen worden wäre, habe Geschäftsführer S[...] zunächst nicht ausgesagt. Weiter befragt habe er angegeben, dass für ihn die in Beilage ./H geforderte «Bestätigung» gewesen sei, «dass wir beim Telefonat das «Go» gegeben haben». Erst als Geschäftsführer S[...] abermals gefragt worden sei, welchen Wortlaut nun das betreffende Telefonat wirklich gehabt habe, habe er gesagt «Vereinbarung angenommen». Wenn aber tatsächlich mit derartigen klaren Worten Geschäftsführer S[...] bei einem Telefonat mit DI R[...] dessen Vorschlag angenommen haben sollte, so würde sich fragen, warum Geschäftsführer S[...] dies nicht sogleich auf die Frage, wie die Beklagte das Angebot angenommen habe, gesagt habe. Zumal Geschäftsführer S[...] die Antwort «Vereinbarung angenommen» erst nach mehrmaligen Fragen gegeben habe, sei das Gericht nicht davon überzeugt, dass Geschäftsführer S[...] tatsächlich in einem Telefonat gegenüber DI R[...] explizit erklärt habe, die angebotene Vereinbarung (so wie sie aus Beilage ./H ersichtlich sei) anzunehmen. Gegen eine fernmündliche Annahme spreche zudem, dass Hinweise auf eine solche in den vorliegenden schriftlichen Unterlagen fehlen. Es wäre nämlich zu erwarten gewesen, dass, hätte Geschäftsführer S[...] tatsächlich bei einem Telefonat mit DI R[...] den Vorschlag laut Beilage ./H angenommen, dies in der Folge etwa in einem E-Mail festgehalten oder zumindest erwähnt worden wäre; ein derartiges E-Mail fehle jedoch. Gegen die Richtigkeit dessen, dass Geschäftsführer S[...] tatsächlich im Telefonat gegenüber DI R[...] «Vereinbarung angenommen» erklärt habe, spreche des Weiteren, dass Geschäftsführer S[...] bei seiner vorangegangenen Einvernahme vom 17. Oktober 2011 diverse streitgegenständlich ganz wesentliche Daten nicht gewusst habe. So habe er beispielsweise auf die Frage, ob es vor dem ersten Schadensfall einen unmittelbaren Kontakt zwischen den Streitparteien gegeben habe, geantwortet, dass er nicht exakt wisse, wann der erste Schadensfall war. Als ihm hierauf vorgehalten worden sei, dass sich der erste Schadensfall nach dem klägerischen Vorbringen am 9. September 2008 ereignete, habe er angegeben, davon auszugehen, dass bereits davor ein unmittelbarer Kontakt zwischen den Streitparteien stattgefunden habe. Auf die richterliche Nachfrage, ob er sich sicher sei, habe er geantwortet: «Ich gehe davon aus». Des Weiteren habe Geschäftsführer S[...] auf die Frage, ob die Klägerin mit der Beklagten Konditionen vereinbart habe, geantwortet, dass er dies «aus heutiger Sicht» nicht sagen könne. Auch auf diverse weitere Fragen habe Geschäftsführer S[...] mehrfach eine Antwort gegeben, die darauf schließen lasse, dass seine unmittelbaren Erinnerungen an den streitgegenständlichen Sachverhalt beschränkt seien. Auch inhaltlich betrachtet seien die Angaben von Geschäftsführer S[...] nicht bedenkenfrei gewesen. So habe er beispielsweise auf den richterlichen Vorhalt, dass aus Punkt 1. der AGB der Klägerin der Eindruck entstehe, dass diese AGB Anwendung finden sollen, wenn die Klägerin Leistungen erbringe, wenn sie Ziegel oder was auch immer liefere, wobei ihm der entsprechende Punkt vorgelesen worden sei, erklärt, dass er das bis jetzt noch nicht so gesehen habe und dass aus seiner Sicht

die AGB der Klägerin den Verträgen der Klägerin immer zugrunde lägen. Angesichts all dieser Aspekte sehe es das Gericht jedenfalls nicht als hoch wahrscheinlich an, dass im Rahmen eines Telefonates zwischen Geschäftsführer S[...] und DI R[...] ersterer tatsächlich erklärt habe, dass die Klägerin das aus Beilage ./H ersichtliche Angebot annehme.

Die Berufung setzt dem entgegen, dass das Erstgericht dem Geschäftsführer der Klägerin zu Unrecht eine widersprüchliche und nicht überzeugende Aussage vorwerfe. Das Erstgericht gehe wegen eines angeblich fehlenden Hinweises in den schriftlichen Unterlagen nicht von einer fernmündlichen Annahme des Angebotes aus. Diese Beweiswürdigung sei durch das Schreiben der Beklagten vom 13. Mai 2009 (Beilage ./I) eindeutig widerlegt. DI R[...] beginne sein Schreiben mit der Formulierung «wie besprochen berechnen wir Ihnen für die Lieferung unseres Schweröl ZR ex Werk Südöl unter Berücksichtigung des Ihnen zur Kompensation ihres Schadens ...». Dem sei nichts hinzuzufügen. Dabei handle es sich nicht nur um einen Hinweis auf eine Einigung, sondern vielmehr um eine ausdrückliche Ausführung der telefonisch «besprochenen» Einigung. Es bedeute keine Mühe, dieses Schreiben auszulegen. DI R[...] von der Beklagten beziehe sich ausdrücklich auf ein Telefonat und auf den zur Kompensation des Schadens angebotenen Preisabschlag. Weiters werfe das Erstgericht dem Geschäftsführer S[...] vor, wesentliche Daten nicht gewusst zu haben. Diese Daten seien vom Erstgericht in der Beweiswürdigung auch angeführt. Bei objektiver Betrachtung dieser Daten scheine der Schluss gerechtfertigt, dass es sich bei diesen Daten um für die Rolle des Geschäftsführer S[...] unwesentliche Daten handle. Der Geschäftsführer S[...] habe angegeben, erstmals anlässlich des Schadenseintrittes im September 2008 involviert gewesen zu sein. Die darauffolgenden technischen Fragen des Erstgerichtes habe er freilich nicht exakt beantworten können, da er hierfür gar nicht zuständig sei. Wie er, der allgemeinen Lebenserfahrung entsprechend, angegeben habe, kümmere sich Ing. E[...] um das Technische und er um das Betriebswirtschaftliche. Es sei keineswegs lebensfremd, wenn sich der Geschäftsführer einer Gesellschaft nur an die Fakten erinnere, die ihn betroffen haben. Umgekehrt wäre es bedenklich, würde ein Geschäftsführer einer GesmbH ungeachtet eines installierten technischen Betriebsleiters technische Detailauskünfte geben wollen. Ebenso wenig bedenklich würden die Angaben des Geschäftsführers zu den AGB erscheinen. Der Inhalt der AGB sei unstrittig. Die Auslegung der AGB sei eine Rechtsfrage. Die Rechtsansicht des Geschäftsführer S[...] könne diesem nicht rechtens im Rahmen seiner Beweiswürdigung vorgeworfen werden.

Die Beweistrüge ist nicht berechtigt.

Vorweg ist festzuhalten, dass die Argumente der Klägerin die ausführliche und sich mit sämtlichen Beweisergebnissen wertend auseinandersetzenende Beweiswürdigung des Erstrichters und die darauf basierenden Feststellungen letztlich nicht zu entkräften vermögen, und halten die einzelnen angefochtenen Entscheidungsgrundlagen der Überprüfung durch das Berufungsgericht stand. Das Erstgericht hat im Rahmen seiner ausführlichen Beweiswürdigung das Ergebnis seines Meinungsbildungsprozesses im Sinne des in § 272 ZPO verankerten Grundsatzes der freien Beweiswürdigung ebenso sorgfältig zur Darstellung gebracht, wie die Gründe, die im Einzelfall dafür maßgebend waren, dass es die bekämpften (Negativ-)Feststellungen getroffen hat.

92

93

94

Soweit die Klägerin geltend macht, dass es nicht nachvollziehbar sei, wenn das Erstgericht nicht den Angaben des Geschäftsführers der Klägerin W[...] S[...] gefolgt ist, ist sie auf die schlüssige Beweiswürdigung des Erstgerichtes zu verweisen, vor dem der Geschäftsführer der Klägerin keinen glaubwürdigen Eindruck hinterlassen hat. Es ist auch für das Berufungsgericht weder nachvollziehbar, dass seitens der Klägerin keine schriftliche Vereinbarung über den ins Auge gefassten Vergleich abgeschlossen wurde, noch dass sich im E-Mailverkehr auf die behauptete mündliche Annahme des Vergleichsvorschlags der Beklagten kein ausreichender Hinweis findet. Die Wiederaufnahme der Geschäftsbeziehung zwischen den Streitparteien im Jahr 2009 lässt sich zwanglos damit erklären, dass beide Teile ein wirtschaftliches Interesse daran hatten. Aus dem Umstand, dass die Beklagte der Klägerin «unter Berücksichtigung des ihnen (der Klägerin) zur Kompensation ihres Schadens ...» einen Preisabschlag anbot (Beilage ./I), kann nicht schon geschlossen werden, dass der von der Beklagten mit Beilage ./H angebotene Vergleich durch Annahme der Klägerin – mit der vorausgesetzten Bestätigung, dass die Forderungen der Klägerin aus dem Jahr 2008 damit abgegolten sind – zustande gekommen wäre. Damit fehlt es auch den begehrten Ersatzfeststellungen an der notwendigen Beweisgrundlage.

95

Das Berufungsgericht übernimmt daher die bekämpften Feststellungen und legt sie seiner Entscheidung zugrunde.

96

C. Zur Rechtsrüge:

Das Berufungsgericht hält vorweg die Rechtsmittelausführungen für nicht stichhaltig, hingegen die damit bekämpften Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils für zutreffend (§ 500a ZPO).

97

Auf den im Jahre 2008 geschlossenen Kaufvertrag – Kauf und Lieferung von Schweröl ZR – ist, wie das Erstgericht zutreffend erkannt hat, das Übereinkommen der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf (UN-Kaufrecht) anzuwenden, weil die Vertragsparteien ihre Niederlassung in verschiedenen Vertragsstaaten haben (Art. 1 Abs. 1 lit. a UN-Kaufrecht). In Österreich ist dieses Übereinkommen seit 1. Jänner 1989 (BGBl. 96/1988), in Deutschland seit 1. Jänner 1991 in Kraft. Der sachliche Anwendungsbereich des Übereinkommens erstreckt sich auf den Abschluss eines internationalen Warenkaufvertrages sowie die Rechte und Pflichten der Parteien aus einem solchen Vertrag. Subsidiär ist Art. 4 Abs. 2 EVÜ maßgeblich, wonach das Recht des Staates, in welchem der Schuldner der charakteristischen Leistung seinen Sitz bzw. seine Niederlassung hat, zur Anwendung kommt. Die charakteristische Leistung erbringt der Verkäufer (*Verschraegen* in Rummel³, Art. 4 EVÜ Rz. 42); damit kommt hier subsidiär deutsches Recht zur Anwendung. Die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das vertragliche Schuldverhältnis anzuwendende Recht (Rom I-VO) ist nicht anzuwenden, da der hier gegenständliche Kauf vor dem Stichtag 17. Dezember 2009 (Art. 28) abgeschlossen wurde.

98

1.

99

Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt bot die Beklagte (laut Beilage ./H) der Klägerin nach dem Schadensfall des September 2008 an, ihr über drei Jahre Schweröl ZR um einen günstigen Preis, nämlich auf Basis von 65% OMR (Ölmarktreport) zu liefern. Bedingung für das

Eingehen einer solchen Vereinbarung war seitens der Beklagten, dass die Klägerin ihr bestätigt, dass ihre Forderungen aus dem Jahr 2008 mit dieser Preisvereinbarung abgegolten sein sollten. Die Klägerin erklärte niemals schriftlich, diesen Vorschlag anzunehmen. Es konnte auch nicht festgestellt werden, dass die Klägerin jemals mündlich diesen Vorschlag angenommen hat.

Soweit die Klägerin im Rahmen ihrer Rechtsrüge geltend macht, dass das Erstgericht zu Unrecht eine konkludente Annahme des Angebotes (laut Beilage ./H) durch die Lieferung von Mai 2009 verneint habe, zumal aus der Formulierung «gültig für die Lieferungen im Monat Mai» kein Rückschluss auf den Vergleichsabschluss gezogen werden könne und es für einen redlichen Erklärungsempfänger offenkundig sei, dass die Beklagte auf die Bedingung einer ausdrücklichen Vereinbarung verzichtet und trotzdem zu den Bedingungen laut Beilage ./H zur Schadenskompensation geliefert habe, ist ihr entgegenzuhalten, dass die nach deutschem Recht (*Ferrari* in Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht CISG⁵, Art. 4 Rz. 45; *Posch* in Schwimann ABGB 4³, Art. 4 UN-Kaufrecht Rz. 5 f.) zu beurteilende Frage, ob zwischen den Streitteilen schlüssig ein Vergleich geschlossen wurde, vom Erstgericht zutreffend verneint wurde. Nach deutschem Recht ist auch für konkludente Willenserklärungen im Ergebnis entscheidend, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verstehen musste (*Ellenberger* in Palandt, BGB⁷², § 133 Rz. 11). Aus dem Umstand, dass die Beklagte der Klägerin Lieferungen im Mai 2009 mit Preisverrechnungen wie im Anbot Beilage ./H angeboten hat, lässt sich für die Klägerin weder ableiten, dass sie selbst (durch die Beauftragung dieser Lieferungen) dem Vergleichsangebot der Klägerin konkludent zugestimmt hätte, noch dass die Beklagte auf die von ihr im Vergleichsangebot gestellte Bedingung, dass die Forderungen der Klägerin aus dem Jahr 2008 (Schadensfall 2008) abgegolten sein mussten, verzichtet hat. Auch wenn aus der Formulierung «gültig für die Lieferung im Monat Mai» kein direkter Rückschluss auf die Verneinung eines Vergleichsabschlusses getroffen werden kann und sich auf dem E-Mail vom 13. Mai 2009 Beilage ./I der weitere Hinweis findet, dass der für die Lieferung des Schweröl ZR der Beklagten verrechnete Preis «unter Berücksichtigung des Ihnen zur Kompensation ihres Schadens angebotenen zusätzlichen Abschlags» angeboten wurde, konnte die Klägerin doch als redliche Erklärungsempfängerin aus dem Umstand, dass ihr seitens der Beklagten Schweröl ZR im Mai 2009 geliefert wurde, nicht ableiten, dass die Beklagte auf die Bedingung zum Vergleichsabschluss verzichtet bzw. sich dazu verpflichtet hätte, die Klägerin über drei Jahre mit Schweröl ZR mit dem in Beilage ./H bestimmten Sonderpreis zu beliefern. Ein über das Preisanbot für Mai 2009 hinausgehender Bindungswille der Beklagten ist vielmehr nicht zu erkennen. Damit ist – im Zweifel – der Vergleich (§ 779 BGB) nicht rechtswirksam zustande gekommen (§ 154 BGB).

100

Die insoweit von der Klägerin auf Seiten 10 und 11 bzw. 12 ihrer Berufung geltend gemachten sekundären Feststellungsmängel liegen somit nicht vor. Es ist rechtlich nicht relevant, dass es sich bei der Formulierung «gültig für die Lieferungen im Monat Mai» um eine allgemeine Formulierung zur Preisbindung handelt. Ebenso lässt sich aus dem ergänzend festgestellt begehrten weiteren Inhalt der Urkunde Beilage ./I (betreffend Bürgschaft und absehbaren Preissteigerungen) nicht ableiten, dass die Beklagte sich damit gegenüber der Klägerin zu einer Lieferung von Schweröl ZR zum Sonderpreis über drei Jahre verpflichtet hätte.

101

2.

102

Entgegen den Berufungsausführungen liegt auch keine Verletzung von Aufklärungspflichten der Klägerin bei Lieferung des Schweröl ZR vor, und zwar unabhängig davon, ob die Frage der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungs- und Informationspflichten nach UN-Kaufrecht (Art. 30 ff., insbesondere Art. 35 Abs. 2 lit. b) oder subsidiär nach deutschem Recht (§§ 241, 242, 280 und 433 BGB) zu beurteilen ist.

Gemäß Art. 35 Abs. 1 UN-Kaufrecht entspricht die Ware dem Vertrag nur,

103

- a) wenn sie sich für die Zwecke eignet, für die Ware der gleichen Art gewöhnlich gebraucht wird;
- b) wenn sie sich für einen bestimmten Zweck eignet, der dem Verkäufer bei Vertragsabschluss ausdrücklich oder auf andere Weise zur Kenntnis gebracht wurde, sofern sich nicht aus den Umständen ergibt, dass der Käufer auf die Sachkenntnis und das Urteilsvermögen des Verkäufers nicht vertraute oder vernünftigerweise nicht vertrauen konnte; ...

Nach den getroffenen Feststellungen bot die Beklagte der Klägerin über deren Vermittler u.a. das Produkt Schweröl ZR an, stellte ein Datenblatt zur Verfügung und forderte die Klägerin auf, aus eigenem zu überprüfen, ob das Schweröl ZR für ihre Industrieanlage geeignet war. In der Folge bestellte die Klägerin das Produkt, ohne weitere Informationen von der Beklagten einzufordern. Es trifft zwar zu, dass der Beklagten bekannt war, dass Schraubenspindelpumpen, wie sie bei der Klägerin in Verwendung standen, bei Schweröl ZR Probleme haben. Dass die Klägerin Schraubenspindelpumpen verwendete, war der Beklagten aber nicht bekannt. Weitere über Art. 30 UN-Kaufrecht hinausgehende Pflichten des Verkäufers können sich aus dem Vertrag, aus den für den Vertrag maßgeblichen Gebräuchen (Art. 9) und aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (als allgemeinen Grundsatz im Sinn des Art. 7 Abs. 2) ergeben. Auch solche Pflichten unterliegen, wenn der Vertrag insgesamt die Voraussetzungen für die Anwendung des Einheitskaufrechtes erfüllt, dessen Regeln, denn es handelt sich dabei um Pflichten, die aus dem Kaufvertrag erwachsen sind (*Wiedner* in *Schlechtriem/Schwenzer*, a.a.O., Art. 30 Rz. 9). Nach dem vorliegenden Sachverständigengutachten wäre es Sache der Klägerin gewesen, aufgrund des Datenblatts zu hinterfragen, ob das angebotene Schweröl ZR für die eigene Industrieanlage, insbesondere für die eingesetzten Pumpen geeignet ist. Gegenteilige Gebräuche bzw. dass eine diesbezügliche Aufklärung gemäß der Verkehrssitte oder aufgrund eines Handelsbrauchs notwendig gewesen wäre, wurden von der Klägerin nicht behauptet. Damit ist aber eine Verpflichtung der Beklagten, die Klägerin besonders über die Verwendbarkeit ihres Produktes in ihrem Industriebetrieb aufzuklären, zu verneinen.

104

Die von der Klägerin insoweit geltend gemachten sekundären Feststellungsmängel liegen nicht vor. Es ist für die Beurteilung der Aufklärungspflicht irrelevant, ob die Beklagte wusste, dass die Klägerin ein Ziegelwerk betreibt, ob die Klägerin bei der Beklagten sowohl Heizöl als auch Schweröl kaufen wollte und ob die Verwendung einer Schraubenspindelpumpe bei Schwerölf Feuerungen der Normalfall ist.

105

Bei Betrachtung der Gesamtsituation würde eine Verpflichtung der Beklagten, die Klägerin vor der Lieferung auf die Untauglichkeit des von ihr gelieferten Schweröls ZR für die in Betrieb

106

stehenden Schraubenspindelpumpen hinzuweisen, die Aufklärungspflicht der Beklagten überspannen, hatte die Klägerin doch von sich aus zu überprüfen, ob das von der Beklagten angebotene und spezifizierte Schweröl ZR für ihre eigene Industrieanlage geeignet ist und hätte sie bei Zweifeln bei der Beklagten rückfragen müssen, ob das Produkt für sie geeignet ist oder nicht.

3.

107

Es liegt weiters kein sekundärer Feststellungsmangel dahin vor, dass das Erstgericht keine Feststellungen zur Höhe des von der Klägerin behaupteten Schadens (Deckungskäufe etc.) getroffen hat, erweisen sich doch die geltend gemachten Ansprüche der Klägerin schon dem Grunde nach als nicht berechtigt.

Aus diesen Gründen war die angefochtene Entscheidung zu bestätigen.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens gründet sich auf die §§ 41 und 50 Abs. 1 ZPO.

108

Die ordentliche Revision war nicht zuzulassen, weil Rechtsfragen erheblicher Bedeutung im Sinne des § 502 Abs. 1 ZPO nicht zu entscheiden waren.

109