

# TE OGH 1989/8/31 6Ob641/89 (6Ob642/89)

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 31.08.1989

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Samsegger als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schobel, Dr. Melber, Dr. Zehetner und Dr. Schlosser als weitere Richter in den verbundenen Rechtssachen der klagenden Partei M\*\*\* O\*\*\* A\*\*\* Aktiengesellschaft, Schwarzenbergplatz 3, 1015 Wien, vertreten durch Dr. Robert Krepp, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei A\*\*\* Mineralölhandels-Gesellschaft mbH, Parkring 12 a, 1010 Wien, vertreten durch Dr. Walter Riedl, Dr. Peter Ringhofer und Dr. Martin Riedl, Rechtsanwälte in Wien, wegen S 2,074.132,32 (Revisionsinteresse S 1,674.632,-) bzw. S 1,941.432,83 je s.A. infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 2. März 1989, GZ. 1 R 21/89-18, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Teilurteil des Handelsgerichtes Wien vom 17. August 1988, GZ. 15 Cg 11, 12/88-13, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit S 25.596,- bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten S 4.266,- Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu bezahlen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die klagende Partei unterhält in Linz ein Öltanklager (im folgenden kurz Lager Linz). Am 30. Juni 1982 traf sie mit der beklagten Partei eine "Umschlags-/Kaufvereinbarung" (im folgenden kurz Vereinbarung) mit einer Laufzeit bis Ende 1986, deren für den Rechtsstreit wesentlichen Bestimmungen wie folgt lauten:

".....

### 2. Vertragsgegenstand

A\*\*\* verkauft an M\*\*\* während der Laufzeit dieses Vertrages jährlich 25.000 Tonnen Heizöl Leicht und kauft von M\*\*\* im gleichen Zeitraum 21.000 Tonnen dieses Produktes.

A\*\*\* räumt M\*\*\* die Option ein, nach ihrem Ermessen Heizöl Leicht, höchstens jedoch die vorgenannten 21.000 Tonnen, neuerlich zum Wiederkaufspreis von A\*\*\* (Pkt. 5.2) zu kaufen. Der Wiederkauf von Heizöl Leicht wird so erfolgen, daß A\*\*\* nur jene Teilmenge erwerben wird, für die M\*\*\* erklärt, von ihrem vorgenannten Optionsrecht keinen Gebrauch zu machen.

Als Erfüllungsort wird das M\*\*\*-Tanklager Linz vereinbart. A\*\*\* wird die Lieferung sowie die Abholung von Heizöl

Leicht in Anpassung an die gegebene Umschlagskapazität durchführen.

.....

#### 4. Preis

Der Preis für die von A\*\*\* frei Tanklager Linz angelieferte Ware enthält alle Eingangsabgaben ..... etc. Er wird von den Vertragspartnern jeweils im vorhinein vereinbart und wird M\*\*\* den Weiterverkauf zu durchschnittlichen Marktpreisen mit einer angemessenen Handelsspanne von mindestens S 80,- pro Tonne ermöglichen.

#### 5. Lieferung

.....

##### 5.2. Lieferung durch M\*\*\* an A\*\*\*.

A\*\*\* wird die vereinbarte Menge Heizöl Leicht zu einem Wiederkaufspreis beziehen, der sich aus dem Einstandspreis von M\*\*\* gemäß Punkt 4) und einem Zuschlag von S 60,- pro Tonne zusammensetzt.

35 % des vorgenannten Zuschlages sind wertgesichert.....

.....

#### 9. Risikoteilung

Da die Errichtung einer Umschlagsmöglichkeit für Heizöl Leicht am Tanklager Linz (Adaptierung des Lagerbehälters, Leitungsbau etc.) durch M\*\*\* in beiderseitigem Interesse erfolgt, erklärt sich A\*\*\* bereit, am Investitionsrisiko in folgender Form teilzunehmen:

Sollte A\*\*\* aus welchem Grund auch immer im Zeitraum eines Jahres weniger als 12.500 Tonnen Heizöl Leicht gemäß Punkt 1) dieses Vertrages an M\*\*\* liefern bzw. umschlagen, so wird sie jedenfalls einen Betrag von S 40,- für jede auf die vorgenannte Menge fehlende Tonne bezahlen.

Diese Regelung gilt jedoch nicht mehr, wenn gemäß Punkt 1) dieses Vertrages insgesamt bereits eine Menge von 50.000 Tonnen Heizöl Leicht gekauft bzw. umgeschlagen wurde. Für den Zeitraum von 1. Oktober 1986 bis 31. Dezember 1986 ist die vorgenannte Mindestmenge aliquot zu reduzieren.

Der Betrag von S 40,- pro Tonne Minderanlieferung ist

wertgesichert .....

#### 10. Allgemeines

.....

Alle Änderungen und Ergänzungen zu diesem Vertrag bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform.

....."

Im Verfahren 15 Cg 11/88 des Erstgerichtes beehrte die klagende Partei die Verurteilung der beklagten Partei zur Zahlung von zuletzt S 2,074.132,32 s.A. und brachte hiezu vor, sie habe die beklagte Partei mit dem Betrag von S 2,248.602,- (incl. Umsatzsteuer) für 350,774 t Heizöl Leicht (im folgenden kurz Heizöl) belastet, weil diese Menge seit Dezember 1985 vereinbarungswidrig im Lager Linz eingelagert sei und die beklagte Partei deren Abnahme bisher verweigert habe, sodaß sie sich im Annahmeverzug befinde. Inzwischen habe die klagende Partei das eingelagerte Heizöl im Wege des kaufmännischen Selbsthilfeverkaufes durch die D\*\*\* Auktions-, Versatz- und Bank Gesellschaft

mbH, Zweigstelle Linz, um S 623.970,- verkauft. Der Klagsbetrag errechne sich aus der Belastung von S 2,248.602,- zuzüglich Verzugszinsen von S 449.500,32 und abzüglich des Erlöses aus dem Selbsthilfeverkauf. Zu 15 Cg 12/88 - beide Klagen verband das Erstgericht zu gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung - beehrte die klagende Partei von der beklagten Partei zuletzt den Betrag von S 1,941.432,83 s.A.. Dort führte sie aus, im Umfang der Optionen hätte das Heizöl nicht wieder verkauft werden sollen. Die beklagte Partei habe vom Oktober 1983 bis September 1984 nur 3.624 t und im folgenden Jahr bloß 4.498 t Heizöl geliefert, sodaß sich der vereinbarten Mindestlieferungspflicht gegenüber Fehlmengen von

8.876 t bzw. 8.002 t ergeben hätten. Die Entschädigung (S 40,- je Tonne) errechne sich für diesen Zeitraum mit S 890.486,40 und für den Zeitraum vom 1. Oktober 1985 bis 31. Dezember 1986 mit S 850.163,- (je incl. Umsatzsteuer). Nach der Vereinbarung hätte die beklagte Partei die Lieferung und Abnahme des Heizöls an die gegebene Umschlagskapazität anpassen sollen. Tatsächlich habe die klagende Partei die verfügbaren Lagerkapazitäten in Mitwirkung bei der Erfüllung der Vereinbarung bekanntgegeben. Darin sei aber keine Bestellung gelegen gewesen. Die klagende Partei habe die beklagte Partei seit 1984 wiederholt mündlich davon verständigt, daß sie von der Option bis auf weiteres keinen Gebrauch machen werde, und sie zum Umschlag, also zur Abholung des gelieferten Heizöls aufgefordert. Die beklagte Partei habe etwa seit Mitte 1984 entgegen Punkt 4 der Vereinbarung nicht marktgerechte Preise berechnet, sodaß die klagende Partei die Mindestmenge von 4.000 t jährlich nicht zur Gänze bezogen habe. Im Dezember 1985 habe die beklagte Partei einen Preis von 5.280 S je Tonne (frei Linz) gefordert, während ein Konkurrenzunternehmen gleichartiges Heizöl um S 4.540 je Tonne zuzüglich S 82,- Fracht angeboten habe. Die beklagte Partei habe sodann 1985 den Umschlag im Lager Linz wieder aufgenommen und von dort aus den Markt im Westen Österreichs versorgt. Aus diesen Lieferungen lagere noch eine Heizölmenge von 350,774 t, die trotz Aufforderung nicht abgeholt worden sei. Die klagende Partei habe der beklagten Partei für die vereinbarungswidrige Inanspruchnahme von Lagerraum seit 11. April 1986 eine Lagergebühr von S 1,80 je Tag und Tonne verrechnet und ihr diese am 14. Mai 1986 auch mit S 15.153,43 in Rechnung gestellt. Der Klagsbetrag errechne sich aus den vereinbarten Entschädigungsbeträgen (S 890.486,40 und S 850.163) sowie dem Lagergeld von S 200.783,43 (einschließlich Umsatzsteuer) bis Ende 1986.

Die beklagte Partei wendete ein, die klagende Partei habe die aus dem Zinsenbegehren ersichtlichen Lieferungen zu den dort genannten Preisen zwar erbracht, die in Anspruch genommenen Fälligkeiten rechtfertigten jedoch bloß die Einstellung der eingeklagten Forderungen in das ab 25. Dezember 1985 bestehende Kontokorrent. Die Streitteile hätten einander laufend Lieferungen erbracht. Die Bezahlung der einzelnen Rechnungen sei beiderseits in der zweiten Dezemberhälfte 1985 eingestellt worden, was die beklagte Partei als konkludentes Übergehen auf kontokorrentmäßige Abrechnung verstanden habe. Mangels solcher Abrechnung sei der Klagsbetrag nicht fällig. Überdies wende die beklagte Partei Gegenforderungen zur Aufrechnung ein. Geschäftszweck der Vereinbarung sei für die beklagte Partei die Schaffung einer Lager- und Umschlagsmöglichkeit mit dem Ziel höherer Verkaufserlöse gewesen, der Vorteil der klagenden Partei habe im Lukrieren einer Handelsspanne von S 60,- je Tonne zwischen Ein- und Verkauf bestanden. Lieferungen durch die beklagte Partei hätte die klagende Partei jeweils abrufen müssen. Dieser sei die Option eingeräumt gewesen, Heizöl bis zu einer Menge von 21.000 t jährlich zu dem für sie geltenden Wiederkaufspreis zu erwerben. Der Erwerb sei davon abhängig gewesen, daß die klagende Partei ausdrücklich erkläre, von ihrem Optionsrecht keinen Gebrauch zu machen. Vom Oktober 1982 bis September 1985 habe die klagende Partei anstatt der vereinbarten Menge von 75.000 t bloß 19.548,701 t abgerufen und der beklagten Partei lediglich 1984/85 einen Bezug von 2.995,688 t ermöglicht. Damit habe die klagende Partei den Geschäftszweck entgegen der Vereinbarung und wider Treu und Glauben fast zur Gänze vereitelt. Bei einer Differenz von 52.455,611 t sei der beklagten Partei ein Schaden von 500 S je Tonne Heizöl, also insgesamt von mehr als 26 Mio S erwachsen, dessen Fälligkeit bereits am 30. September 1985 eingetreten sei.

Die klagende Partei replizierte darauf, die beklagte Partei habe im Dezember 1985 die Zahlungen der fälligen Rechnungen der klagenden Partei einseitig eingestellt. Angesichts vergeblicher Zahlungsurgenzen sei die klagende Partei genötigt gewesen, mit ihren fälligen Forderungen gegenüber der beklagten Partei aufzurechnen und den Mehrbetrag gerichtlich geltend zu machen. Ihr Einverständnis zum Übergang auf kontokorrentmäßige Abrechnung könne daraus nicht abgeleitet werden. Der beklagten Partei sei die Aufrechnung mit Schadenersatzgegenforderungen aufgrund der den Lieferungen der klagenden Partei zugrundeliegenden "Allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen" (AVB) verwehrt. Diesen habe sich die beklagte Partei zumindest schlüssig unterworfen. Im Punkt 8

der AVB sei die Aufrechnung gegen Kaufpreisforderungen der klagenden Partei an die schriftliche Anerkennung oder die gerichtliche Feststellung geknüpft. Beides liege nicht vor. Die Gegenforderungen seien weder dem Grunde noch der Höhe nach berechtigt: Die klagende Partei habe keine Abnahmeverpflichtung übernommen. Es sei im Belieben der beklagten Partei gestanden, welche Mengen Heizöl sie ins Lager Linz liefere. Aus der Tatsache, daß die klagende Partei von der ihr eingeräumten Umschlagsmöglichkeit nur im bescheidenen Ausmaß Gebrauch gemacht habe, könne keine Schadenersatzverpflichtung abgeleitet werden.

Das Erstgericht sprach mit Teilurteil aus, daß die eingeklagten Forderungen zu 15 Cg 11/88 "vorerst" mit S 1,624.632 und zu 15 Cg 12/88 mit S 1,941.432,83 zu Recht und die aus der Vereinbarung abgeleitete Schadenersatzforderung der beklagten Partei nicht zu Recht bestehen, und verurteilte die beklagte Partei zur Zahlung der eingeklagten Forderungen in der festgestellten Höhe. Es stellte - soweit dies zur Erledigung der Revision bedeutsam ist - fest:

Da die beklagte Partei ihren Kundenstock für ihr Heizöl auf Oberösterreich und das westliche Österreich ausdehnen wollte und eine Umschlagsvereinbarung zwischen den Streitteilen für Benzin und Dieselöl bereits bestanden hatte, trat der Geschäftsführer der beklagten Partei, Ing. Hannes N\*\*\*, 1982 an die klagende Partei wegen des Vertriebes von Heizöl im Raum Oberösterreich heran. In den Verhandlungen schlug die klagende Partei die Errichtung einer Auslieferungsstelle für Heizöl in Linz vor, um den Billigtransport auf der Donau auszunützen. Ursprünglich forderte die klagende Partei von der beklagten Partei einen Investitionsbeitrag von 1,5 Mio S für die Umwidmung eines Tanks. Außerdem strebte sie eine feste Mindestspanne an. Sie trachtete die Einräumung des Rechtes, von der beklagten Partei angeliefertes Heizöl abzusetzen, ohne eine Abnahmeverpflichtung zu übernehmen. Später suchte man nach einer anderen Risikobeteiligung der beklagten Partei. Schließlich trafen die Streitteile die eingangs in den streitwesentlichen Bestimmungen wiedergegebene Umschlags-/Kaufvereinbarung vom 30. Juni 1982. Im ersten Vertragsjahr wurden 14.000 t Heizöl abgesetzt. Mit Fernschreiben vom 31. Juli 1984 teilte die beklagte Partei der klagenden Partei eine Erhöhung der Preise ab 1. August 1984 um S 70 je Tonne zuzüglich Umsatzsteuer mit. Daraus errechnete diese einen Tonnenpreis von S 5.000. Dagegen verrechnete ihr die Firma T\*\*\* Mineralprodukte-Großhandel Martin M\*\*\* & Co (in der Folge kurz Firma T\*\*\*) am 2. August 1984 einen Tonnenpreis von lediglich S 4.950.

Mit Fernschreiben vom 5. November 1984 bestätigte die beklagte Partei der klagenden Partei ab 1. November 1984 die Preise für Heizöl mit S 5.400 je Tonne ab Tanklager Lobau und mit S 5.460 je Tonne frei Linz jeweils excl. Umsatzsteuer. Dagegen verrechnete die Firma T\*\*\* der klagenden Partei am 4. Dezember 1984 Heizöl um S 5.300 je Tonne excl. Umsatzsteuer. Durch die Preisgestaltung der beklagten Partei wurde die Konkurrenzfähigkeit der klagenden Partei im zweiten Vertragsjahr, soweit es um den Absatz des von der beklagten Partei gelieferten Heizöls ging, derart eingeengt, daß sie dieses Geschäft drosseln und schließlich überhaupt einstellen mußte. Der für die Heizöllieferungen der beklagten Partei adaptierte Tank der klagenden Partei hat ein Fassungsvermögen von etwa 2.000 t. Die Schiffsladungen umfaßten etwa 600 bis 800 t Heizöl. Benötigte die klagende Partei Heizöl oder war im Tank Lagerraum frei, belud die beklagte Partei einen Kahn mit Heizöl, dessen Qualität von Mitarbeitern der klagenden Partei vorher geprüft wurde. Erst nach deren Freigabe wurde das verladene Heizöl nach Linz verschifft. Die beklagte Partei gewährte der klagenden Partei bei Zahlung innerhalb von 10 Tagen 1 % Skonto, die klagende Partei bewilligte dagegen keinen Barzahlungsnachlaß.

Die klagende Partei war ab dem Frühjahr 1984 außerstande, die ihr in der Vereinbarung zugesicherte Mindesthandelsspanne von S 80 je Tonne bei von der beklagten Partei gelieferttem Heizöl zu erzielen. Mit Schreiben vom 23. Jänner 1985 schickte die beklagte Partei der klagenden Partei eine Belastungsnote mit der Empfehlung zurück, das Geschäft mit Heizöl ab Linz zu forcieren. Die klagende Partei entgegnete am 1. Februar 1985, sie werde ihren Kaufverpflichtungen laut Punkt 2 der Vereinbarung jederzeit nachkommen, sofern die beklagte Partei Heizöl zu den im Punkt 4 vorgesehenen Bedingungen anbieten werde. Da diese ihre vertragliche Verpflichtung zum Umschlag von 21.000 t Heizöl jährlich nicht eingehalten habe, sei die klagende Partei "zur Berechnung der Mindestgebühr von S 40 pro fehlender Tonne berechtigt". Sie stehe zwar zur Vereinbarung, zu einer gemeinsamen Verkaufspolitik sei sie jedoch nicht bereit. Im Antwortschreiben vom 18. Februar 1985 wiederholte die beklagte Partei, die klagende Partei sei ihren Kaufverpflichtungen nicht nachgekommen, die beklagte Partei sei aber bereit, ihr bei Auflösung des Vertragsverhältnisses entgegenzukommen. Mit Schreiben vom 11. März 1985 beharrte die klagende Partei auf ihrem Standpunkt, angesichts ihrer Investitionen sei für sie die angebotene Vertragsauflösung unannehmbar, sie bestehe deshalb auf der ihr in der Vereinbarung zugesicherten Mindestgebühr von S 40,- je Tonne.

Mit Schreiben vom 24. Mai 1985 retournierte die beklagte Partei eine Buchungsanzeige der klagenden Partei vom 28. Dezember 1984 und drohte ihr für den Fall der Inanspruchnahme der Mindestgebühr Schadenersatzgegenforderungen an. Unter Bezugnahme auf eine Unterredung mit dem Mitarbeiter der beklagten Partei, Christian N\*\*\*, hielt die Sachbearbeiterin der klagenden Partei, Ingeborg H\*\*\*, mit Fernschreiben vom 23. Mai 1985 fest, die beklagte Partei werde im Rahmen der Vereinbarung Heizöl um S 5.280 je Tonne frei Linz in Kahnpartien anliefern. Die klagende Partei werde für die von der beklagten Partei in Tankwagen abgenommenen Mengen einen Aufschlag von S 62 je Tonne berechnen. Mit Rechnung vom 19. Dezember 1985 lastete die beklagte Partei der klagenden Partei die an diesem Tag in deren Tanklager entladenen 583,351 t Heizöl zum Preis von S 5.280 je Tonne zuzüglich 20 % Umsatzsteuer an. Die Streitteile beglichen zunächst die einander gelegten Rechnungen. Am 25. November 1985 stellte die beklagte Partei die Zahlungen jedoch ein. Darauf leistete die klagende Partei ab Jänner 1986 gleichfalls keine Zahlungen mehr und rechnete mit ihren Forderungen gegen die Forderungen der beklagten Partei aus deren Lieferungen auf.

Die klagende Partei hatte, ehe sie das Geschäft drosselte, die für ihren geschätzten Bedarf für die nächsten zwei Wochen erforderlichen Mengen jeweils fernmündlich abgerufen. Den Tank für das Heizöl mußte sie aufheizen. Da die Streitteile bei ihrer Vereinbarung von einer vollen Ausnützung des Tanks ausgegangen waren, hatten sie auch keine Absprachen über Lagerfristen getroffen. Dementsprechend war auch keine Lagergebühr vereinbart worden. Die klagende Partei forderte die beklagte Partei wiederholt auf, Heizöl ab Lager Linz zu beziehen. Von Mai bis Dezember 1985 hatte die klagende Partei etwa 6.000 t Heizöl von der beklagten Partei übernommen. Schließlich erklärte die beklagte Partei, das Geschäft ab Lager Linz auf eigene Rechnung aufzunehmen.

Bei der Preisgestaltung orientierte sich die beklagte Partei an den Preisen der ÖMV. Sie berechnete der klagenden Partei denselben Preis wie ihren übrigen Kunden. Allerdings gewährte sie ihr einen Rabatt von S 50 (je Tonne) und schlug S 60 (je Tonne) als Fracht auf. Im Sommer 1985 änderte sich das Preisgefüge für Heizöl, der Verrechnungspreis blieb jedoch gleich. Auf dem Sektor Heizöl machte die klagende Partei auch Geschäfte mit Erzeugnissen der ÖMV und der Firma T\*\*\*. Eine "formale" Erklärung, sie übe die Option für Heizöl nicht aus, hat die klagende Partei der beklagten Partei gegenüber zwar nicht abgegeben, sie machte dieser jedoch klar, daß sie das Geschäft mit Heizöl um die von der beklagten Partei berechneten Preise nicht weiterführen könne.

Im Jänner 1986 betrug der Debetsaldo der beklagten Partei bei der klagenden Partei etwa 20 Mio S. Der Geschäftsführer der beklagten Partei, Ing. Hannes N\*\*\*, versprach dem Mitarbeiter der klagenden Partei, Dr. Kleanthis M\*\*\*, die Überweisung dieses Betrages in der nächsten Woche. Mit Fernschreiben vom 17. Jänner 1986 forderte die klagende Partei die beklagte Partei zur Zahlung von S 20,555.748 bis 20. Jänner 1988 auf. Zum 18. Jänner 1986 errechnete die klagende Partei bei der beklagten Partei einen Außenstand von insgesamt S 22,767.620 (worin allerdings Verzugszinsen von 12,5 % zum 21. Jänner 1986 enthalten waren). Mit Fernschreiben vom 21. Jänner 1986 teilte die klagende Partei der beklagten Partei mit, daß sie ihre Forderungen gegen deren Gegenforderungen von S 10,270.087,42 aufgerechnet und den Mehrbetrag eingeklagt habe. Als Entschädigung für den unterlassenen vereinbarten Umschlag von Heizöl im Lager Linz lastete die klagende Partei der beklagten Partei mit Buchungsanzeige vom 29. Jänner 1986 S 890.484,40 (einschließlich Umsatzsteuer) an.

Mit Stichtag 28. März 1986 errechnete die klagende Partei nach Gegenüberstellung von Forderungen und Gegenforderungen zu ihren Gunsten einen Saldo von S 4,094.727,95. Darin ist der vorher erwähnte Betrag von S 890.484,40 (Buchungsanzeige vom 29. Jänner 1986) nicht enthalten.

Bei Ausbruch des "Streites" lagerten im Lager Linz 350,774 t Heizöl aus Lieferungen der beklagten Partei. Mit Fernschreiben vom 9. April 1986 forderte die klagende Partei diese auf, jene Menge unverzüglich zu übernehmen, zumal die beklagte Partei ohnehin erklärt habe, das Geschäft mit Heizöl ab Lager Linz auf eigene Rechnung aufzunehmen. Darauf antwortete die beklagte Partei mit Fernschreiben vom 9. April 1986, die klagende Partei sei verpflichtet, für das Jahr 1985 4.000 t Heizöl zu übernehmen, und forderte die klagende Partei daher auf, die genannte Heizölmenge in deren Bestand zu belassen. Die klagende Partei entgegnete mit Fernschreiben vom 11. April 1986, die beklagte Partei sei mit der Abholung der in Linz gelagerten Ware in Verzug, weshalb ihr die klagende Partei eine Lagergebühr zum "verkehrsüblichen Tarif" verrechnen werde. Tatsächlich berechnete sie ihr S 1,80 je Tonne und Tag. Dabei orientierte sie sich an den Tarifen der ÖMV. Mit Buchungsanzeige vom 14. Mai 1986 lastete die klagende Partei der beklagten Partei für 350,774 t Heizöl für die Zeit vom 11. bis 30. April 1986 eine Lagergebühr von S 12.627,86 zuzüglich 20 % Umsatzsteuer (insgesamt S 15.153,43) an. Mit Buchungsanzeige vom 7. Juli 1986 belastete die klagende

Partei die beklagte Partei mit dem Preis von S 2,248.602 für die genannte Heizölmenge (das entspricht einem Preis von S 5.342 je Tonne). In diesem Preis sind 20 % Umsatzsteuer enthalten. Diese ihr mit Brief vom 4. Juli 1986 übermittelte Buchungsanzeige wies die beklagte Partei mit Schreiben vom 9. Juli 1986 zurück und bemerkte, daß die Forderung nicht anerkannt werde und sie von der klagenden Partei Heizöl ab Lager Linz nicht gekauft habe.

Mit Buchungsanzeige vom 20. Oktober 1986 belastete die klagende Partei die beklagte Partei mit einer Lagergebühr von S 115.924, mit Buchungsanzeige vom 31. Dezember 1986 mit einer weiteren Gebühr von S 69.706 (die Lagergebühren wurden für die Zeiträume vom 1. Mai bis 30. September bzw. vom 1. Oktober bis 31. Dezember 1986 berechnet und enthielten jeweils 20 % Umsatzsteuer).

Mit Buchungsanzeige vom 12. Jänner 1987 belastete die klagende Partei die beklagte Partei mit einer Entschädigung laut Punkt 9 der Vereinbarung in Höhe von S 850.163. Für 12.500 t in der Zeit vom 1. Oktober 1985 bis 30. September 1986 errechnete sie unter Einbeziehung der vereinbarten Wertsicherung S 567.000, für 3.125 t in der Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 1986 gleichfalls unter Bedachtnahme auf die Wertsicherung S 141.694. Dazu berechnete sie noch 20 % Umsatzsteuer.

Mit Schreiben vom 20. Oktober 1986 drohte die klagende Partei der beklagten Partei den Selbsthilfeverkauf der im Lager Linz lagernden Menge von 350,774 t Heizöl gemäß § 373 HGB an. Mit Fernschreiben vom 10. Februar 1987 wurde der beklagten Partei der Termin des Selbsthilfeverkaufes (13. Februar 1987) bekanntgegeben. Der vom Dorotheum Linz durchgeführte Selbsthilfeverkauf erbrachte einen Nettoerlös von S 623.970, der vom D\*\*\* an die klagende Partei überwiesen wurde.

Rechtlich meinte das Erstgericht, die klagende Partei sei zufolge des von der beklagten Partei ab Frühjahr 1984 verrechneten Preises nicht mehr in der Lage gewesen, Heizöl mit der vereinbarten Handelsspanne von mindestens S 80 je Tonne weiterzuverkaufen. Andere Lieferanten - wie die Firma T\*\*\* - hätten Heizöl am Markt billiger als die beklagte Partei angeboten. Die klagende Partei habe daher das Heizölgeschäft mit der beklagten Partei deshalb drosseln und schließlich einstellen müssen. Sie habe die beklagte Partei davon unterrichtet und es ihr anheimgestellt, das Heizöl anzuliefern, sofern sie es selbst verkaufen könne. Die beklagte Partei habe Mitte 1984 erklärt, sie könne das Geschäft nicht mehr zu den bisherigen Konditionen machen. Um das stagnierende Geschäft ab Lager Linz wieder in Gang zu bringen, habe die beklagte Partei angekündigt, das Geschäft auf eigene Gefahr aufzunehmen. Die von der beklagten Partei am 19. Dezember 1985 zum Preis von S 5.280 je Tonne gelieferten 583,351 t Heizöl hätten daher von ihr selbst in Oberösterreich und im übrigen westlichen Österreich verkauft werden sollen. Für Entnahmen aus dem Lager Linz hätte sie der klagenden Partei S 5.324 je Tonne zu bezahlen. Sie sei aber offenbar nicht in der Lage gewesen, diese Lieferung zur Gänze zu verkaufen, sodaß 350,774 t im Lager Linz verblieben seien. Den Aufforderungen der klagenden Partei, diese Menge abzunehmen, habe die beklagte Partei keine Folge geleistet. Die beklagte Partei könne sich auf Punkt 2 der Vereinbarung, wonach die Klägerin 4.000 t Heizöl hätte kaufen und daher die 350,774 t in ihrem Bestand hätte belassen müssen, nicht berufen, weil sie am 19. Dezember 1985 für eigene Umschlagszwecke geliefert habe und die Abnahmeverpflichtung von 4.000 t pro Jahr die klagende Partei nur dann getroffen hätte, wenn sie das Heizöl mit einer Spanne von mindestens 80 S je Tonne hätte verkaufen können. Die klagende Partei habe die beklagte Partei mit den 350,774 t Heizöl zum vereinbarten Preis von S 5.342 pro Tonne zuzüglich Umsatzsteuer rückbelasten dürfen. Da die beklagte Partei ihrer vertraglichen Rückkaufverpflichtung nicht nachgekommen sei, sei die klagende Partei gemäß § 373 HGB zum angedrohten Selbsthilfeverkauf berechtigt gewesen. Die Forderung der klagenden Partei von S 2,248.602 bestehe daher abzüglich des Erlöses aus dem Selbsthilfeverkauf zu Recht. Das von der beklagten Partei behauptete Kontokorrentverhältnis sei nie zustandegekommen. Das im Punkt 9 der Vereinbarung festgelegte Ziel sei nicht erreicht worden. Auch seien keineswegs insgesamt 50.000 t Heizöl im Lager Linz umgeschlagen worden. Die klagende Partei dürfe der beklagten Partei daher S 40 je fehlende Tonne (wertgesichert) in Rechnung stellen. Sie dürfe aber gemäß § 354 HGB auch Lagergebühr verlangen, weil die beklagte Partei das für eigene Umschlagszwecke eingelagerte Heizöl nicht ab Lager Linz verkauft oder abgeholt habe. Die klagende Partei habe sich dabei an den von der ÖMV berechneten Sätzen orientiert, sodaß der begehrte Betrag zuzusprechen sei.

Nicht erwiesen sei, daß die Allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen der klagenden Partei zwischen den Streitparteien Geltung hätten. Das darin enthaltene Aufrechnungsverbot sei deshalb nicht wirksam. Die Gegenforderung bestehe jedoch nicht zu Recht, weil die beklagte Partei das Heizöl nicht zu einem Preis habe anbieten können, der der klagenden Partei den Weiterverkauf mit einer Mindestspanne von S 80 je Tonne ermöglicht hätte. Die beklagte Partei sei von der klagenden Partei nicht behindert worden, das Heizöl selbst ab Lager Linz zu verkaufen. Einer formellen

Erklärung der klagenden Partei, von ihrem Optionsrecht nicht Gebrauch zu machen, habe es nicht bedurft. Da der klagenden Partei kein Verschulden daran zur Last falle, daß der angestrebte Umsatz nicht habe erzielt werden können, sei der eingewendeten Schadenersatzforderung der Boden entzogen.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Teilurteil. Es übernahm die erstinstanzlichen Feststellungen als Ergebnis eines mängelfreien Verfahrens und einer unbedenklichen Beweiswürdigung und führte in rechtlicher Hinsicht aus, nach dem Ergebnis des Beweisverfahrens hätte die klagende Partei zufolge der Verkaufspreise der beklagten Partei beim Weiterverkauf die im Punkt 4 der Vereinbarung zugesicherte Handelsspanne von zumindest S 80 je Tonne nicht erzielen können. Daraus folge, daß die klagende Partei bei einem Verkaufspreis zuzüglich einer Handelsspanne von S 80 je Tonne auf dem Heizölmarkt nicht erfolgreich als Anbieter hätte auftreten können, weil dieser Preis über dem Marktpreis gelegen wäre. Die von der beklagten Partei vermißte Feststellung des durchschnittlichen Marktpreises sei deshalb entbehrlich. Nach Punkt 2 der Vereinbarung seien zwei (Rahmen-)Verkäufe stipuliert worden: Die beklagte Partei verkaufe der klagenden Partei jährlich 25.000 t Heizöl und kaufe von dieser jährlich 21.000 t (tatsächlich seien diese Mengen nie erreicht worden). Weiters sei im Vertrag ein erkennbar "aus dem Umschlagsgedanken resultierender" (dritter) Verkauf in Form einer Kaufoption der klagenden Partei für gleichfalls höchstens 21.000 t Heizöl jährlich vorgesehen worden. Die beklagte Partei hätte nur jene Teilmenge erwerben sollen, die von der Erklärung der klagenden Partei, von ihrem Optionsrecht keinen Gebrauch zu machen, betroffen war. Unter Option sei ein Vertrag zu verstehen, mit welchem einer Partei das Recht eingeräumt werde, ein inhaltlich vorausbestimmtes Schuldverhältnis in Geltung zu setzen; sie gewähre somit ein Gestaltungsrecht. Dieses Recht sei hier der klagenden Partei als Verkäuferin zugestanden und habe inhaltlich ein Wiederkaufsrecht begründet. Trotz gesetzlicher Beschränkung auf Liegenschaften werde die Vereinbarung eines solchen Rechtes auch bei Gattungskäufen über bewegliche Sachen für zulässig angesehen. Die klagende Partei habe somit durch die ihr eingeräumte Option von ihrem Wiederkaufsrecht nach ihrem Belieben bis höchstens 21.000 t Heizöl jährlich Gebrauch machen können. Daß die Option nur schriftlich hätte ausgeübt werden können, sei dem Vertrag ebensowenig zu entnehmen wie, in welcher Form eine Erklärung der klagenden Partei, vom Optionsrecht nicht Gebrauch zu machen, abzugeben gewesen wäre. Entsprechende mündliche Erklärungen müßten daher als ausreichend angesehen werden. Die Mitteilungen von Mitarbeitern der klagenden Partei, diese werde kein weiteres Heizöl abrufen, solange die beklagte Partei keinen niedrigeren Preis verrechne, seien somit ausreichend und eindeutig dahin zu verstehen gewesen, daß die klagende Partei bis zum Anbot von Heizöl, bei welchem sie eine Spanne von S 80 je Tonne erzielen könne, von ihrem Optionsrecht überhaupt keinen Gebrauch machen werde, sodaß auch eine genauere Mengenangabe überflüssig gewesen sei. Die klagende Partei sei nach der Vereinbarung auch nicht zur Abnahme von zumindest 4.000 t Heizöl jährlich verpflichtet gewesen, sofern sie eine Spanne von S 80 je Tonne nicht hätte erzielen können. Die von der beklagten Partei vermißte Feststellung, daß diese Mindestmenge im Zeitpunkt der mündlichen Erklärungen der Mitarbeiter der klagenden Partei schon abgenommen gewesen sei oder nicht, sei damit nicht entscheidungserheblich. Habe die klagende Partei weitere Abnahmen verweigern dürfen, könne sie nach Punkt 9 der Vereinbarung unabhängig von jedem schuldhaften Verhalten der beklagten Partei auch den Investitionsbeitrag für jede nicht umgeschlagene Tonne Heizöl von S 40 je Tonne (wertgesichert) berechnen. Demnach sei auch dem Schadenersatzbegehren der beklagten Partei zufolge des vertragskonformen Verhaltens der klagenden Partei der Boden entzogen. Die bei Ausbruch des Konfliktes zwischen den Streitteilen im Lager Linz lagernden 350 t Heizöl hätten nach den Feststellungen von der beklagten Partei umgeschlagen werden sollen. Die klagende Partei sei damit aber nicht Käuferin geworden und könne den dafür bereits bezahlten Kaufpreis daher zurückfordern. Selbst wenn man unterstellte, daß die klagende Partei bei jeder Heizöllieferung Käuferin geworden sei, sei daraus für die beklagte Partei nichts gewonnen, weil die Vereinbarung, daß das Heizöl für sie bestimmt sei, die unverzügliche (Wieder-)Kaufverpflichtung enthalte und deren Ablehnung die Rechtsfolgen des Annahmeverzuges nach sich ziehe. Das Recht der klagenden Partei, gemäß § 354 HGB Lagergebühren zu verlangen, und die Berechtigung zum Vorgehen nach § 373 HGB habe das Erstgericht daher zutreffend bejaht.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision der beklagten Partei ist nicht berechtigt. So wie schon in zweiter Instanz bekämpft die beklagte Partei die erstinstanzliche Feststellung, die Konkurrenzfähigkeit der klagenden Partei sei durch die Preisgestaltung ihrer Vertragspartnerin derart beeinträchtigt worden, daß sie das Geschäft mit dem von der beklagten Partei gelieferten Heizöl drosseln und schließlich überhaupt einstellen mußte (Ausfertigung des Ersturteiles ON 13, S. 22 = AS 100), als Ergebnis eines Verfahrensmangels. In der Berufung hatte die beklagte Partei die Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen

Verfahrens darin erblickt, daß das Erstgericht die Feststellung auf Aussagen von (von der klagenden Partei geführten) Zeugen gestützt habe, es zur Klärung dieser wesentlichen Tatfrage aber des Gutachtens eines Sachverständigen, mindestens aber der Erörterung der Beweisergebnisse durch das Gericht mit den Parteien bedurft hätte. Dem entgegnete das Gericht zweiter Instanz, das den Verfahrensmangel verneinte, das Erstgericht habe ohnedies jeden von der beklagten Partei gestellten Beweisantrag erledigt. Es habe die bekämpfte Feststellung auf die Aussagen der Zeugen Rudolf F\*\*\* und Ingeborg H\*\*\* gestützt und dem Zeugen Christian N\*\*\* bzw.

dem Geschäftsführer der beklagten Partei aus guten Gründen die Glaubwürdigkeit versagt. Die Frage der Preisgestaltung bedürfe wie die Feststellung der damals herrschenden Marktverhältnisse keiner Sachverständigenbegutachtung, sofern diese Fragen auch aufgrund der Aussagen von Zeugen beantwortet werden könnten. Noch weniger sei das Gericht zur Erörterung darüber genötigt, auf welche Beweismittel es seine Urteilsfeststellungen zu stützen gedenke (ON 18, S. 15 ff = AS 197 f.).

Soweit die beklagte Partei in ihrer Revision rügt, das Berufungsgericht habe sich mit diesem Thema nur aus dem Blickwinkel der unterlassenen Sachverständigenbegutachtung befaßt, übersieht sie, daß sie in ihrer Berufung auch nur das Fehlen eines Gutachtens bzw. der Erörterung der Beweisergebnisse gerügt hatte. Diese Rüge hat das Berufungsgericht vollständig erledigt, sodaß schon deshalb von einer Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens - die allein Gegenstand des Revisionsgrundes nach § 503 Abs. 1 Z 2 ZPO ist - keine Rede sein kann. In der Berufung gerügte Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens, deren Vorliegen das Berufungsgericht - wie hier - verneint hat, können hingegen nicht neuerlich mit Revision geltend gemacht werden (SZ 22/106 uva.). Darüber hinaus verkennt die beklagte Partei das nach dem Inhalt der Vereinbarung maßgebliche Streitthema, worauf im übrigen schon die klagende Partei in ihrer Revisionsbeantwortung zutreffend hingewiesen hat: Die beklagte Partei hatte zufolge Punkt 4 der Vereinbarung nicht den durchschnittlichen Marktverhältnissen entsprechende Preise in Rechnung zu stellen, sondern solche, die der klagenden Partei "den Weiterverkauf zu durchschnittlichen Marktpreisen mit einer angemessenen Handelsspanne von mindestens S 80 pro Tonne" ermöglichten. Darin, daß sich die beklagte Partei, wie das Erstgericht festgestellt hat, bei ihrer Preisgestaltung an den Preisen des angeblichen "Marktleaders" ÖMV - hiezu hatte sie in erster Instanz nichts Konkretes vorgebracht - orientierte, hat sie noch keine Preise im Sinne der Vereinbarung berechnet: Sie hätte der klagenden Partei Preise in Rechnung stellen müssen, die zumindest



5 80 je Tonne unter dem marktüblichen Verkaufspreis lagen, weil die klagende Partei nur so auf dem Heizölmarkt - in bezug auf den wohl besonders wirksamen Wettbewerbsfaktor Preis - konkurrenzfähig bleiben und gleichzeitig die ihr von der beklagten Partei zugesicherte Spanne von zumindest 5 80 je Tonne lukrieren konnte.

Mit Angeboten zu marktüblichen Preisen allein kam die beklagte Partei somit ihren vertraglichen Pflichten noch nicht nach. Aus eben diesen Erwägungen wäre für ihren Standpunkt auch noch nichts

gewonnen, wenn die von ihr der klagenden Partei angebotenen Preise jenen der Firma T\*\*\* - jedenfalls unter Bedachtnahme auf den geduldeten Skonto - etwa gleichgekommen sein sollten. Die behauptete Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt somit nicht vor (§ 510 Abs. 3 ZPO).

Die Ausführungen zur Mängelrüge kehren in der Rechtsrüge wieder. Dort rügt die beklagte Partei allerdings aus denselben Gesichtspunkten einen Feststellungsmangel. Zur Widerlegung dieses Vorbringens kann deshalb auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden. Die beklagte Partei verkennt auch hier das wesentliche Streitthema, indem sie davon ausgeht, sie sei lediglich zur "Einhaltung von durchschnittlichen Marktpreisen" verpflichtet gewesen; soweit die klagende Partei mit Absatzproblemen konfrontiert gewesen sei, sei dies daher jedenfalls nicht der Sphäre der beklagten Partei zuzurechnen, sondern offenbar auf zu geringe Anstrengungen beim Marketing.

Wie schon dargelegt, war die beklagte Partei nicht zur Lieferung zu durchschnittlichen Marktpreisen verpflichtet, sondern zu einer Preisgestaltung, die der klagenden Partei beim Anbieten von Heizöl auf dem Markt eine Spanne von zumindest 5 80 je Tonne sicherte (Punkt 4 der Vereinbarung). Diese Verpflichtung hat die beklagte Partei nach den erstinstanzlichen Feststellungen nicht eingehalten und damit vereinbarungswidrig gehandelt. Soweit sie damit - ebenso wie schon bei der Mängelrüge - in Wahrheit die vorinstanzlichen Feststellungen angreift, indem sie die Feststellung, die klagende Partei sei durch ihre Preisgestaltung auf dem Markt behindert worden, entweder unbeachtet läßt oder sogar als unrichtig hinstellt, genügt der Hinweis, daß in dritter Instanz der Tatsachenbereich nicht mehr zum Gegenstand der Anfechtung gemacht werden kann. Ferner behauptet die beklagte Partei, das Gericht zweiter Instanz habe die Frage der "Optionsnichtausübungserklärung" unrichtig gelöst.

Das Berufungsgericht hat zutreffend erkannt, daß die beklagte Partei nach Punkt 2 der Vereinbarung der klagenden Partei 25.000 t jährlich zu verkaufen und hievon - in Verwirklichung des mit der Vereinbarung angestrebten Umschlagszweckes - 21.000 t Heizöl im selben Zeitraum von der klagenden Partei zu kaufen hatte. Vom Rückkauf war damit eine Teilmenge von 4.000 t Heizöl jährlich ausgenommen. Darüber hinaus hat sich die klagende Partei die Option zum Wiederkauf von Heizöl bis zu 21.000 t jährlich zu dem von der beklagten Partei zugesicherten Wiederkaufspreis ausbedungen. Die Wiederkaufsmenge war innerhalb des vereinbarten Rahmens ausdrücklich dem Ermessen der klagenden Partei anheimgestellt. Bei Ausschöpfung dieses Rahmens war demnach die gesamte vertraglich festgelegte Jahreslieferung der klagenden Partei (wieder)zuverkaufen. Mit dieser Option - also dem vertraglich eingeräumten Gestaltungsrecht, durch einseitige Erklärung ein inhaltlich vorausbestimmtes Schuldverhältnis in Geltung zu setzen bzw. zu verlängern (MietSlg. 34.141 ua; Mayrhofer in Ehrenzweig, Schuldrecht, Allgemeiner Teil3, 202 f; Koziol-Welser, Grundriß8, I,

112) - gewährte die beklagte Partei der klagenden Partei ein Wiederkaufsrecht, worauf im Vertrag übrigens - arg. "Wiederkaufspreis" - sogar besonders hingewiesen ist. Wie das Berufungsgericht zutreffend bemerkte, kann das Wiederkaufsrecht nach dem Wortlaut des § 1070 ABGB zwar nur bei unbeweglichen Sachen wirksam begründet werden, die Unzulässigkeit der Vereinbarung eines Wiederkaufsrechtes über bewegliche Sachen wird aber von der herrschenden Meinung (SZ 28/144; vgl. auch JBl. 1927, 331;

Koziol-Welser, aaO, 311; Aicher in Rummel, ABGB, Rz 2 zu § 1070;

Mayer-Maly in Klang2, IV/2, 736; Ehrenzweig2 II/1 417) eingeschränkt, sodaß Wiederkaufsrechte bei gattungsmäßig bestimmten Sachen wirksam vereinbart werden könnten. Diese teleologische Reduktion des § 1070 ABGB kann einerseits auf den Wortlaut anderer gesetzlicher Bestimmungen (§ 1068 ABGB - "eine verkaufte Sache";

§ 1071 ABGB - "die Sache") und andererseits auf die Erwägung gestützt werden, daß die vom Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch verpönte Beschränkung der Verkehrsfähigkeit (vgl. auch § 364 c ABGB) auf Gattungssachen gewöhnlich gar nicht zutrifft, weil diese in der Regel jederzeit beschafft werden können und die Gefahr fragwürdiger Manipulationen - Aufwendungen und Verschlechterungen - zu Lasten des ursprünglichen Käufers keine bestimmte Sache trifft. Diese Rechtsansicht bekämpft die beklagte Partei in ihrer Revision auch gar nicht. Sie vertritt lediglich die Meinung, den festgestellten Willensäußerungen von Mitarbeitern der klagenden Partei sei nicht der Erklärungswert von Äußerungen, die Option nicht auszuüben, beizumessen. Es trifft zu, daß die klagende Partei im vorliegenden Fall (Punkt 2 der Vereinbarung) die Option nicht - wie das sonst zumeist geschieht - durch eine positive Erklärung, die Befugnis auszuüben, sondern dadurch in Anspruch zu nehmen hatte, daß die beklagte Partei jene Teilmengen (zurück-)zukaufen hatte, für die die klagende Partei "erklärte, von ihrem ..... Optionsrecht keinen Gebrauch zu machen". Diese etwas ungewöhnliche Inanspruchnahme der Option bringt aber nur zum Ausdruck, daß die Streitteile bei Vertragsabschluß davon ausgingen, daß der Wiederkauf des an die beklagte Partei zurückverkauften Heizöls die Regel sein sollte. Eine bestimmte Form der Optionserklärungen war damit gewiß nicht vorgesehen. Die klagende Partei war durch die Fassung der Vertragsbestimmung insbesondere auch nicht daran gehindert, von vornherein zu erklären, von der Option - bis auf

weiteres - überhaupt nicht Gebrauch zu machen. Die Erklärung der Mitarbeiter der klagenden Partei, deren konkrete Vertretungsmacht von der beklagten Partei in der Revision nicht in Zweifel gezogen wird, die klagende Partei werde kein weiteres Heizöl "abrufen", solange die beklagte Partei keinen niedrigeren Preis verrechne (ON 18, S. 30 = AS 212), kann nicht anders verstanden werden, als daß die klagende Partei von dem ihr eingeräumten Wiederkaufsrecht bis zu einer vertragskonformen Preisgestaltung durch die beklagte Partei keinen Gebrauch machen werde. Keinesfalls kann in diesen Erklärungen - wie dies die beklagte Partei nur in ihrer Revision ins Treffen führt - ein Abruf im Rahmen der Gesamtlieferungsverpflichtung der beklagten Partei verstanden werden, weil diese Lieferverpflichtung von vornherein nicht und schon gar nicht im Rechtsstreit umstritten war. Daß diese Erklärungen der klagenden Partei ausschließlich deren Wiederkaufsrecht zum Gegenstand hatten, folgt im übrigen auch aus der Feststellung des Erstgerichtes, ab dem Frühjahr 1984 habe die klagende Partei die beklagte Partei auf freie Kapazitäten im Lager Linz mit dem Bemerkten aufmerksam gemacht, daß sie zu den von der beklagten Partei in Rechnung gestellten Preisen das von dieser gelieferte Heizöl nicht verkaufen könne, daß es aber der beklagten Partei anheimgestellt bleibe, dennoch Heizöl ins Lager Linz zu liefern, sofern sie dieses selbst verkaufen könne (ON 13, S. 27 f = AS 103). Daß die beklagte Partei die Erklärungen der Mitarbeiter der klagenden Partei auch so verstanden hat, folgt nicht zuletzt aus deren vom Erstgericht festgestellten Erklärung, sie wolle das Geschäft ab dem Lager Linz nun für eigene Rechnung aufnehmen (ON 13, S. 27 = AS 103).

Steht aber fest, daß die beklagte Partei Heizöl nicht zum vereinbarten Preis anlieferte und ihr die klagende Partei ausreichend deutlich zu verstehen gab, daß sie Heizöl bis zu einer vertragskonformen Preisgestaltung nicht mehr - daher auch nicht die fix vereinbarte Menge von 4.000 t - abnehmen werde, fällt lediglich der beklagten Partei vereinbarungswidriges Verhalten zur Last. Die klagende Partei war daher nicht nur berechtigt, die Abnahme von Heizöl - auch im Rahmen des Fixkontingentes - abzulehnen, sondern durfte auch von ihrem Recht Gebrauch machen, der beklagten Partei nach Punkt 9 der Vereinbarung einen Investitionsbeitrag für jede fehlende Tonne Heizöl von S 40 je Tonne (wertgesichert) in Rechnung zu stellen. Da der klagenden Partei kein Vertragsverstoß zur Last fällt, hat sie für allfällige Vermögenseinbußen der beklagten Partei nicht einzustehen, sodaß die Vorinstanzen die aus Vertragsverstößen der klagenden Partei abgeleiteten Gegenforderungen zutreffend als nicht zu Recht bestehend erkannt haben.

Auch die Berechtigung der klagenden Partei zum Selbsthilfeverkauf und zur Verrechnung von Lagergebühren bestreitet die beklagte Partei im Ergebnis allein deshalb, weil nicht sie durch vertragswidrige Preisgestaltung, sondern die klagende Partei durch unwirksame "Optionsnichtausübungserklärungen" den Vertrag verletzt haben soll. Zur Entkräftung dieses Vorbringens genügt der Hinweis, daß die beklagte Partei dabei - wie schon weiter oben näher dargelegt - nicht von den Feststellungen der Vorinstanzen ausgeht, sondern in Wahrheit unzulässigerweise die vorinstanzlichen Feststellungen bekämpft.

Der Revision war deshalb ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41 und 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E18299

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1989:0060OB00641.89.0831.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19890831\_OGH0002\_0060OB00641\_8900000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)