

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 127/72

URTEIL

Verkündet am
10. Januar 1974
Horn,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma A & F B [REDACTED], offene Handelsgesellschaft, Sägewerk, Kisten- und Spankorbfabriken, Holzhandlung, B [REDACTED], vertreten durch ihre Gesellschafter die Kaufleute Adolf B [REDACTED], B [REDACTED], W [REDACTED] str. [REDACTED] und Fritz B [REDACTED], B [REDACTED], Am L [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED] und
[REDACTED] -

gegen

1. die Firma Gebr. B [REDACTED] OHG, Sägewerk und Kistenfabrik, B [REDACTED], E [REDACTED] str. [REDACTED], vertreten durch ihre Gesellschafter die Kaufleute Hermann B [REDACTED], B [REDACTED], E [REDACTED] str. [REDACTED] und Lucie P [REDACTED], ebenda,
2. den Kaufmann Hermann B [REDACTED], B [REDACTED], B [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Januar 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Erbel, Dr. Girisch, Meise und Dr. Recken

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Braunschweig vom 19. Mai 1972 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin und die beklagte Gesellschaft (im folgenden: "die Beklagte") standen seit dem Jahre 1947 in Geschäftsverbindung. Die Gesellschafter der Klägerin und der Beklagte Hermann B■■■■■, der damalige Alleininhaber der Beklagten, sind Brüder. Beide Firmen befanden sich damals in B■■■■■. Die Klägerin siedelte 1948 nach B■■■■■ über. Sie machte 1950 und 1957 zwei gerichtliche Vergleichsverfahren durch, an denen die Beklagte mit Forderungen von insgesamt rund 246.000 DM beteiligt war. Die Quote von 40 % in beiden Verfahren wurde erfüllt.

Die Beklagte verarbeitete in den Jahren 1947/1949 Nutzholz zu Brettern, die sie an die Klägerin lieferte. Da-

- 3 -

bei berechnete sie lediglich den Lohnschnitt. Das Rohholz stellte die Klägerin selbst. Insgesamt ließ die Klägerin 1.185,86 Festmeter Fichtenlangholz und 876,4 Raummeter Fichtennutzrollen anfahren.

Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe für die Lieferungen an sie nur 275,60 Festmeter Fichtenlangholz verbraucht. Auch von den Fichtennutzrollen seien lediglich 386,6 Raummeter an die Klägerin gelangt. Die verbleibende Menge von 910,26 Festmeter Langholz und 489,8 Raummeter Nutzrollen habe die Beklagte weder abgerechnet noch der Klägerin wieder zur Verfügung gestellt. Dadurch sei der Klägerin ein Schaden von annähernd 90.000 DM entstanden, den sie von beiden Beklagten ersetzt verlangt. Die Forderung habe sie nicht früher erheben können, da sie erst im Jahre 1970 die Holzeinkaufszettel und die Rechnungen der Beklagten wieder aufgefunden habe, die bei ihrem Umzug von B[REDACTED] nach B[REDACTED] verlegt worden seien.

Die Klägerin hat einen Teilbetrag von 26.100 DM nebst Zinsen eingeklagt. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagten bitten, verfolgt die Klägerin die Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht nimmt an, der Klägerin sei es nach Treu und Glauben verwehrt, die von ihr erhobene Forderung



noch geltend zu machen. Es läßt offen, ob die Klägerin den Anspruch verwirkt habe, da die Beklagten einräumen, sie hätten die vollständigen Unterlagen noch zur Verfügung und befänden sich daher nicht in Beweisschwierigkeiten. Das Berufungsgericht meint aber, die Klägerin hätte in Anlehnung an die Regelung des § 378 HGB die Minderlieferungen in angemessener Frist rügen müssen. Der zwischen den Parteien bestehende Werkvertrag habe die wirtschaftliche Wirkung eines Handelskaufs gehabt. Selbst für einen einseitigen Handelskauf müsse gefordert werden, daß der Verkäufer innerhalb eines nicht zu langen Zeitraumes Gewißheit darüber erlange, ob seine Leistung als vertragsmäßige Erfüllung anzusehen sei. Für einen Werkvertrag mit gleicher Interessenlage, wie ihn die Parteien geschlossen hätten, könne nichts anderes gelten.

Die Klägerin hätte deshalb alsbald das ihr von der Beklagten zurückgelieferte Holz seinem Umfang nach überprüfen und eine etwaige Fehlmenge anzeigen müssen. Mit der von ihr erhobenen Rüge habe sie nicht 20 Jahre warten dürfen. Die nach so langer Zeit erst wieder aufgetauchten Unterlagen habe sie besessen und bei genügender Sorgfalt auch rechtzeitig finden können. Daß die Gesellschafter der Beklagten etwa arglistig gehandelt hätten und sich deshalb nach Treu und Glauben nicht auf die Verzögerung berufen dürften, habe die Klägerin nicht dargetan.

II.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Das Berufungsgericht wird den Besonderheiten des Falles allerdings nicht damit gerecht, daß es der Klägerin die Geltend-

machung des von ihr erhobenen Anspruchs verwehrt, weil sie eine ihr in Anlehnung an die Regelung des § 378 HGB obliegende Pflicht verletzt habe, etwaige Minderlieferungen rechtzeitig zu rügen. Der in dieser Bestimmung zum Ausdruck gebrachte Rechtsgedanke paßt nicht auf eine Geschäftsbeziehung, wie sie hier bestand. Dabei braucht nicht näher untersucht zu werden, inwieweit überhaupt eine entsprechende Anwendung der §§ 377 ff HGB auf Werkverträge zwischen Kaufleuten in Betracht kommt (BGHZ 1, 234, 240/241). Immerhin behandelt das Berufungsgericht die Geschäftsverbindung der Parteien, die es grundsätzlich als einen Werkvertrag ansieht, ihrer wirtschaftlichen Wirkung nach wie einen Handelskauf.

Das ist aber nicht der entscheidende Gesichtspunkt. Maßgeblich ist vielmehr, wie die Parteien ihre über mehrere Jahre hinweg reichenden Geschäfte abgewickelt haben. Nach den von den Beklagten vorgelegten Unterlagen aus den Jahren 1948/1949 wurde der Klägerin für die von ihr bezogenen Bretter, Balken u.ä. zwar lediglich der Lohnschnitt berechnet. Die Beklagte hat aber keineswegs für die Klägerin nur Nutzholz verarbeitet, das diese vorher angefahren und der Beklagten allein zu dem Zweck übergeben hat, daraus für sie Bretter zu fertigen. Die Beklagte hat vielmehr die Klägerin nach deren jeweiligen Bestellungen beliefert und zur Ausführung der Arbeiten nicht nur den von der Klägerin stammenden Vorrat an Langholz verwendet, sondern auch eigene Bestände, die dann wieder von der Klägerin aufgefüllt wurden. Über den reinen Holzverbrauch haben die Parteien gesondert abgerechnet, und zwar nicht in Geld, sondern in Natur. Diese in der Zeit vor und kurz nach der Währungsumstellung gebräuchliche Verrechnungsweise haben die Parteien ersichtlich bis ins Jahr 1949 beibehalten.

Die Beklagte führte für die Klägerin ein sog. "Holz-konto", auf dem allein die angelieferten und die verbrauchten Rohholzmengen verbucht wurden. Um die Abrechnung dieses "Holzkontos" geht es im vorliegenden Verfahren. Die Klägerin macht nicht etwa geltend, die Beklagte habe ihr erteilte Lohnschnittaufträge unausgeführt gelassen und sei damit ihren werkvertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen. Der Klägerin geht es vielmehr allein um Wertersatz für den nach ihrer Ansicht am Ende der Geschäftsbeziehung bei der Beklagten übrig gebliebenen Holzbestand.

Aus den Rechtsbeziehungen, wie sie die Parteien gestaltet haben, ergibt sich ein vertraglicher Anspruch der Klägerin auf Rückgabe des am Ende der Geschäftsverbindung noch vorhandenen Rohholzes oder auf Wertersatz in dieser Höhe. Die Rechtslage ist insofern ähnlich wie bei Abschlagszahlungen, Vorschüssen oder sonstigen à conto-Leistungen, die zu einem gewissen Zeitpunkt endgültig abzurechnen sind.

Auf einen solchen Anspruch auf Rückgewähr eines "Überschusses" passen aber Rügepflichten nicht, die auf Sachmängel zugeschnitten sind, wobei unter bestimmten Voraussetzungen nach § 378 HGB Fehlmengen an Waren mangelhaften Waren gleichbehandelt werden. Das zeigt besonders deutlich die von der Revision in den Vordergrund gerückte Ausnahmeregelung des § 378 Halbsatz 2 HGB. Danach finden die Vorschriften des § 377 HGB keine Anwendung, sofern die gelieferte Ware offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Kaufes als ausgeschlossen betrachten mußte. Auch bei Fehlmengen sind solche offensichtliche Abweichungen möglich. Im vorliegenden Fall stehen aber Fehlmengen größeren

oder kleineren Umfangs bei den einzelnen Lieferungen gar nicht in Frage. Die Beklagte hat das von der Klägerin jeweils angeforderte Schnittholz geliefert; jedenfalls behauptet die Klägerin nichts Gegenteiliges. Nach dem Vortrag der Klägerin ist die Beklagte jedoch noch im Genuß einer Vorausleistung, die sie am Ende der Geschäftsverbindung zwischen den Parteien herausgeben oder deren Wert sie ersetzen mußte, gleichgültig wie groß die Vorausleistung war. Das ist kein Fall mit einer dem § 378 HGB ähnlichen Interessenlage.

2. Trotzdem kann die Klägerin die Klageforderung nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht mehr geltend machen.

Nach gefestigter Rechtsprechung ist innerhalb einer ständigen Geschäftsverbindung unter Kaufleuten das Schweigen auf Mitteilungen des Geschäftspartners, vor allem auf Rechnungen und Abrechnungen, je nach Lage des Einzelfalles nach Treu und Glauben als Zustimmung zu werten, da im kaufmännischen Verkehr ein allgemeines Bedürfnis besteht, den Umfang der gegenseitigen Verpflichtungen stets mit Sicherheit übersehen zu können (vgl. OGHZ 3, 226, 237; BGHZ 1, 353; BGH Urteil vom 29. September 1951 - II ZR 62/51 - = LM Art. 7 WG Nr. 1; Senatsurteil vom 12. November 1964 - VII ZR 114/62 -).

So ist es hier. Die von der Beklagten eingereichten Unterlagen aus den Jahren 1948/49 ergeben, daß auf dem erwähnten "Holzkonto" laufend Bewegungen stattgefunden haben, die der Klägerin mitgeteilt worden sind, ohne daß sie von ihr beanstandet worden wären. Aus der Zeit kurz vor der Währungsumstellung, nämlich dem Monat Mai 1948,

stammt sogar eine Art Kontoauszug. Im Januar 1949 hat die Beklagte angekündigt, sie wolle demnächst "das Holzkonto einmal wieder gegenseitig abstimmen". Auf zahlreichen Lohnschnittrechnungen finden sich Vermerke über Belastungen des "Holzkontos". Darüber hat die Beklagte aber immer wieder auch gesonderte Anzeigen erteilt. Sie hat ferner mehrfach neue Holzanfahren bei der Klägerin angemahnt, wenn das "Holzkonto" einen Saldo zu ihren, der Beklagten, Gunsten aufwies.

Unstreitig haben die Parteien jedoch nach dem Ende der Geschäftsbeziehung über die Lohnschnittlieferungen "das Holzkonto" weder durch einseitige noch durch gegenseitige Erklärungen förmlich abgeschlossen. Andererseits hat die Klägerin nicht vorgetragen, jemals insoweit eine Schlußabrechnung verlangt zu haben. Die Beklagte konnte deshalb davon ausgehen, daß sich die Klägerin mit den ihr bis dahin zugeleiteten, von ihr widerspruchslos entgegengenommenen laufenden Mitteilungen über die Bewegungen auf dem "Holzkonto" begnüge und mit der stillschweigenden Beendigung der in Frage stehenden, mehrjährigen Geschäftsverbindung ohne ins einzelne gehende Bereinigung des "Holzkontos" einverstanden sei. Nach den gegebenen Umständen hätte es für die Klägerin nahe gelegen, die Beklagte zur Erstellung einer Schlußabrechnung aufzufordern, wenn sie eine solche noch erwartete. Das gilt gerade dann, wenn sie, wie sie behauptet, ihre eigenen Unterlagen verlegt hatte. Dann mußte sie erst recht bemüht sein, sich auf andere Weise Klarheit darüber zu verschaffen, ob sie von der Beklagten aus den Holzgeschäften im Lohnschnitt noch etwas zu fordern hatte. Tat sie das nicht, so konnte ihr Verhalten von der Beklagten nur dahin verstanden werden, daß das "Holzkonto" stillschweigend ohne gegenseitige förmliche Abstimmung als ausgeglichen gelten sollte.

Darin mußte sich die Beklagte noch dadurch bestärkt sehen, daß die Klägerin nicht einmal innerhalb der in den Jahren 1950 und 1957 eingeleiteten Vergleichsverfahren auf das "Holzkonto" und einen sich daraus für sie etwa ergebenden, von der Beklagten auszugleichenden "Überschuß" zu sprechen kam. Auch insofern kann es keine Rolle spielen, wenn die Klägerin ihre eigenen Unterlagen damals noch nicht aufgefunden hatte. Die Vergleichsverfahren stellten für sie vielmehr besondere Anlässe dar, sich auf etwaige ihr gegen die Beklagte als Vergleichsgläubigerin zustehende Gegenansprüche gerade dann zu besinnen und eine entsprechende Klärung herbeizuführen, wenn ihr die zuverlässige eigene Beurteilung deshalb unmöglich war, weil sie (Klägerin) ihre Unterlagen nicht mehr zur Verfügung hatte. So mußte die Beklagte daraus, daß die Klägerin auch in beiden Vergleichsverfahren nicht mit der Behauptung von Ansprüchen aus den Holzgeschäften der Jahre 1947/49 hervortrat, erst recht entnehmen, daß es bei dem einverständlichen Abschluß des früheren "Holzkontos" ohne ausdrückliche Bereinigung bleiben sollte.

Daran ändert nichts, daß die Gesellschafter der Klägerin und der damalige Alleininhaber der Beklagten Brüder sind. Denn sie haben den Geschäftsverkehr zwischen ihnen, wie der vorgelegte Schriftwechsel zeigt, ohne Rücksicht auf die familiären Verhältnisse allein nach kaufmännischen Gepflogenheiten abgewickelt. Arglistiges Verhalten kann die Klägerin den Beklagten nicht vorwerfen, wie das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei dargelegt hat.

Nach alledem vermag die Klägerin nach Treu und Glauben keine Rechte mehr aus dem "Holzkonto" herzuleiten, das als in stillschweigendem Einverständnis der Parteien

ausgeglichen zu betrachten ist. Darauf, ob die besonderen Voraussetzungen der Verwirkung vorliegen, was das Berufungsgericht offen gelassen hat, kommt es bei dieser Sachlage nicht an.

III.

Die Revision der Klägerin ist daher mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Vogt

Erbel

Girisch

Meise

Recken