

2

17

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib ZR 7/64

URTEIL

Verkündet am

19. November 1965
Wüst, Justizhaupt-
sekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Walter V [REDACTED] in H [REDACTED], S [REDACTED]
[REDACTED] D [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Aktiengesellschaft Schweizerischen Rechtes in Firma
S [REDACTED] S.A. - vertreten durch ihren Vorstand Reinhard
L [REDACTED] - in Z [REDACTED] (Schweiz), T [REDACTED]

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. h.c. [REDACTED] -.

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. November 1965 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Pehle, Dr. Sprenkmann, Dr. Mösl und Alff

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Teilurteil des 3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 7. November 1963 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin, eine Handelsgesellschaft, hat bei dem Beklagten, dem Inhaber eines H. Lagereibetriebes, bis zum Jahre 1958 in laufender Geschäftsverbindung Waren eingelagert. Die Parteien streiten um die Freigabe einer Sicherheit und machen in diesem Rahmen gegenseitige Ansprüche geltend, und zwar die Klägerin auf Schadensersatz, der Beklagte auf Zahlung von Lager- und Bearbeitungskosten.

1. Die Klägerin hatte im Jahre 1957 bei dem Beklagten größere Partien Erdnußkerne gelagert. Davon verkaufte sie im Sommer 1957 einen größeren Posten nach Kanada, im Herbst 1957 eine Partie nach Marokko. Die vom Lager des Beklagten

- 3 -

nach Kanada transportierte Ware wurde von den kanadischen Zollbehörden zurückgewiesen, weil die Erdnußkerne - entgegen der Qualitätsgarantie der Klägerin - mit Steinen durchsetzt waren; bei der marokkanischen Lieferung sollte die Klägerin einen erheblichen Preisnachlaß gewähren, weil nach dem Sachvortrag der Klägerin auf den Säcken - entgegen einer an den Beklagten gerichteten Weisung der Klägerin - noch die Herkunft der Ware aus China erkenntlich war (chinesische Ware durfte nach Marokko nicht eingeführt werden) und weil die Ware vom Wurm befallen war.

Die Klägerin verlangte von dem Beklagten in beiden Fällen Schadensersatz, und zwar wegen der nach Kanada gelieferten Ware in Höhe von 12.551,40 DM, wegen der nach Marokko gelieferten Partie in Höhe von 10.000,- Sfr.

Der Beklagte bemühte sich um Ersatz der Schäden durch seine Haftpflichtversicherung; gleichzeitig versuchten die Parteien von sich aus eine gütliche Beilegung des Streits. Ob es im Verlaufe der teils schriftlich, teils mündlich geführten Verhandlungen im Dezember 1957 / Januar 1958 zu einer vergleichswisen Einigung gekommen ist, ist zwischen den Parteien streitig.

2. Auf Grund einer in diesen Vergleichsverhandlungen getroffenen Vereinbarung hatte die Klägerin im Januar 1958 durch die von ihr beauftragte Schweizerische Bankgesellschaft 797 to Erdnußkerne aus dem Dampfer "Oluf Sven" bei dem Beklagten eingelagert. Dieser hatte darüber den Orderlagerschein 293 ausgestellt. Schon vorher waren noch aus dem Dampfer "Port Talbot" 140 to Erdnußkerne bei dem Beklagten von der Klägerin eingelagert worden. Hierüber stellte der Beklagte den Orderlagerschein 294 aus. Teilpartien der Erdnußkerne aus dem Dampfer "Oluf Sven" hat



der Beklagte gereinigt, teilweise hat die Klägerin die Ware ungereinigt vom Lager des Beklagten verkauft. Am 27. August 1958 telegraphierte der Beklagte der Klägerin:

"ihre wurmbefallenen erdnusskerne sofortige bearbeitung oder sofortige ausladung erforderlich regressansprüche dritter".

Am 1. September erteilte die Klägerin bzw. in ihrem Auftrag die Schweizerische Bankgesellschaft dem Beklagten Auslieferungsanweisung hinsichtlich sämtlicher Restmengen aus den Lagerscheinen 293 und 294. Der Beklagte lieferte jedoch nicht die gesamten Restmengen aus, sondern behielt von diesen und noch von älteren Partien aus dem Jahre 1957 Teilbestände zurück, stellte am 19. September insofern neue Lagerscheine aus, wobei er die alten Nummern benutzte, jedoch mit dem Zusatz a) versah, und bemerkte auf ihnen seine ihm angeblich zustehenden noch offenen Kosten. Insgesamt betrug die zurückgehaltene Menge reichlich 41 to, die vermerkten Kosten etwa DM 27.000,--. Am 25. September 1958 wies der Beklagte die Klägerin auf sein angebliches Notverkaufsrecht hin. Die Parteien verhandelten daraufhin über eine Abwendung des Zurückbehaltungsrechts des Beklagten gegen eine Bürgschaftsleistung. Da die Beibringung der Bürgschaft dem Beklagten zu lange dauerte, verhandelte er in der Zwischenzeit mit der Firma Walter M. Sch. über den Verkauf der Ware und teilte dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin mit, er habe die Ware verkauft. Die von ihm hierüber erteilten Auskünfte befriedigten die Klägerin und die Schweizerische Bankgesellschaft nicht. Diese erwirkten gegen Sicherheitsleistung von DM 37.000,-- einen dinglichen Arrest vom 2. Dezember 1958 gegen den Beklagten, den die Parteien jedoch am

12. Dezember 1958 für erledigt erklärten. Die Klägerin und die Schweizerische Bankgesellschaft erwirkten danach eine einstweilige Verfügung vom 18. Dezember 1958, durch die dem Beklagten aufgegeben wurde, die Restpartien an den Gerichtsvollzieher als Sequester herauszugeben. Die Antragstellerinnen jenes Verfahrens leisteten Sicherheit durch Bürgschaft der Commerzbank in Höhe von DM 37.500,--. Nach Widerspruch des Beklagten verglichen sich die Parteien jenes Verfahrens am 9. Januar 1959 dahin, daß der Beklagte die Ware freigab und die Antragstellerinnen sich verpflichteten,

"binnen 2 Wochen die Bürgschaft der Commerzbank, H[REDACTED] vom 18. Dezember 1958 dahin ergänzen zu lassen, daß die Bürgschaftsurkunde wie folgt geändert oder ergänzt wird:

' Die Firma Walter V[REDACTED]... behauptet, gegen die Firma S[REDACTED]... und/oder die Schweizerische Bankgesellschaft ... eine Forderung aus verschiedenen Rechtsgründen in Höhe von insgesamt 37.500,- DM zu haben.

Wegen dieses Betrages hat die Firma Walter V[REDACTED] ein Pfandrecht an den in ihrem Besitz befindlichen Erdnußkernen (Orderlagerscheine Nummern 293a, 294a, 282a, 279a, 221a vom 14. September 1958) geltend gemacht, die außerdem dem Verderb ausgesetzt sind.

Die S[REDACTED] S.A. und die Schweizerische Bankgesellschaft bestreiten die Berechtigung der Forderung der Firma Walter V[REDACTED].

Um jedoch die oben spezifizierte Ware für die S [REDACTED] S.A. und die Schweizerische Bankgesellschaft sofort disponibel zu machen, übernimmt hiermit die unterzeichnete Bank die selbstschuldnerische Bürgschaft in Höhe von 37.500,- DM ... gegenüber der Firma Walter V [REDACTED], aus der die Bank in Anspruch genommen werden kann, wenn der Rechtsstreit zwischen der Firma Walter V [REDACTED] ... und der S [REDACTED] ... einerseits und der Schweizerischen Bankgesellschaft ... andererseits über die Berechtigung der Forderung der Firma Walter V [REDACTED] durch ein ordentliches deutsches Gericht rechtskräftig gegen die S [REDACTED] und/oder die Schweizerische Bankgesellschaft entschieden ist.

Diese Bürgschaft soll auch als Sicherheitsleistung für eine einstweilige Verfügung Geltung haben, auf Grund deren die Firma Walter V [REDACTED] zur Herausgabe von 41 to Erdnußkernen an den Gerichtsvollzieher als Sequester angehalten wird ...!"

3. Die Klägerin verlangt nun die Freigabe der Bürgschaft; sie hat mit der Klage darüber hinaus die Zahlung von Schadensersatz von dem Beklagten begehrt.

Sie meint, daß die Parteien sich über die Schadensfülle Kanada und Marokko in der Weise verglichen hätten, daß der Beklagte den Schaden in Höhe von 18.000,- DM übernommen habe. Sie habe ihrerseits ihre Verpflichtung aus dem Vergleich mit der Einlagerung der Ware aus dem Dampfer "Oluf Sven" (vgl. oben 2) erfüllt. Alle offenen Rechnungen des Beklagten aus Lager- und Bearbeitungs-

kosten habe sie bezahlt; die darüber hinaus erhobenen Ansprüche des Beklagten seien unbegründet gewesen oder durch Aufrechnung erloschen. Dagegen stünden ihr, der Klägerin, noch Forderungen zu, die sich aus der Schlechterfüllung von Reinigungsaufträgen, aus Transport- und Abnahmekosten wegen der Zurückbehaltung der Ware, dem Mindererlös für die zurückbehaltene Ware wegen in der Zwischenzeit gefallener Preise und wegen der Kosten des Arrest- und des einstweiligen Verfügungsverfahrens ergäben.

Die Klägerin hat im ersten Rechtszug beantragt,

den Beklagten zu verurteilen,

1. gegenüber der Commerz- und Discontobank AG in H[REDACTED] ... die Erklärung abzugeben, daß er diese aus der Bürgschaftsverpflichtung entläßt, die sie ... wegen einer angeblichen Forderung gegen die Klägerin in Höhe von 37.500,-- DM übernommen hat,
2. an die Klägerin 5.386,09 DM nebst 5 v.H. Zinsen seit dem 17. März 1959 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er meint, wegen der Unteilbarkeit der Bürgschaft brauche er diese erst freizugeben, wenn feststehe, daß er auch keine Ansprüche gegen die Schweizerische Bankgesellschaft habe. Er bestreitet die Schadensersatzforderungen der Klägerin aus dem Kanada- und aus dem Marokkogeschäft, da ihn in den beiden Fällen kein Verschulden treffe. Ein Vergleich, wonach er 18.000,-- DM dieses Schadens zu

tragen habe, sei nicht zustande gekommen. Auch die weiteren Gegenforderungen der Klägerin bestreitet der Beklagte.

In erster Linie macht der Beklagte aber geltend, daß er noch Forderungen gegen die Klägerin aus Lager- und Bearbeitungskosten in Höhe von insgesamt 37.117,35 DM habe. Wegen dieser Forderungen habe ihm das gesetzliche Pfandrecht des Lagerhalters zugestanden; vor ihrer Erfüllung brauche er auch die Bürgschaft nicht freizugeben.

4. Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme den Beklagten zur Freigabe der Bürgschaft Zug um Zug gegen Zahlung von 27.396,59 DM verurteilt; in dieser Höhe hat es nach rechtlicher Würdigung und Verrechnung der gegenseitig erhobenen Ansprüche die Forderung des Beklagten für begründet angesehen. Die Zahlungsklage der Klägerin hat es abgewiesen.

Die Klägerin hat dagegen unter Aufrechterhaltung ihrer erstinstanzlichen Klaganträge Berufung eingelegt und hat im zweiten Rechtszug mit Schriftsatz vom 4. April 1963 gegenüber den vom Beklagten geltend gemachten Gegenforderungen die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil den Beklagten verurteilt, die Bürgschaft in Höhe von 36.800,- DM ohne Gegenleistung freizugeben.

Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, begehrt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht legt zunächst ausführlich dar, der Beklagte könne die Freigabe der Bürgschaft nicht mit der Begründung verweigern, es müsse erst geklärt werden, ob ihm auch gegen die Schweizerische Bankgesellschaft Forderungen zustünden; die Auffassung des Beklagten, daß die Bürgschaft so, wie sie im Vergleich vom 9. Januar 1959 ausgestaltet wurde, unteilbar sei und so lange ungeteilt bestehen bleiben müsse, als er auch nur gegen eine der beiden Antragstellerinnen des Verfahrens der einstweiligen Verfügung (Klägerin und Schweizerische Bankgesellschaft) berechnete Forderungen erheben könne, hat es für unrichtig gehalten.

Gegen diese Auslegung erhebt die Revision die gleichen Angriffe wie in dem Parallelverfahren Ib ZR 142/63 (Schweizerische Bankgesellschaft gegen Völker). Sie meint, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen § 286 ZPO den Gesichtspunkt außer acht gelassen, daß der eigentliche Sinn und Inhalt der getroffenen Abmachungen gewesen sei, das in Anspruch genommene Pfandrecht durch die Bürgschaft der Commerzbank zu ersetzen.

1) Der Beklagte hatte an dem eingelagerten Gut ein gesetzliches Pfandrecht sowohl wegen der Lagerkosten als auch wegen der Kosten der Bearbeitung geltend gemacht; ein solches Pfandrecht könnte als gesetzliches Pfandrecht des Lagerhalters (§ 421 HGB; § 22 OLSchVO) nur wegen der eigentlichen Lagerkosten entstanden sein, nicht dagegen wegen der Bearbeitungskosten, da dieses Pfandrecht nicht die Forderungen aus Werkleistungen deckt, die außerhalb der eigentlichen Lagerhalterstätigkeit liegen; insbesondere sind Ansprüche

des Lagerhalters aus Werkverträgen, die eine Bearbeitung zum Gegenstand haben, nicht schon deshalb als Ansprüche "wegen der Lagerkosten" anzusehen, weil das zu bearbeitende Gut eingelagert ist (BGH Urt. vom 30. Juni 1960 - II ZR 264/58 = BB 1960, 837). Soweit es sich um die Bearbeitungskosten handelt, käme allenfalls das gesetzliche Pfandrecht des Werkunternehmers (§ 647 BGB) in Betracht. Ob und inwieweit sich aus der Verschiedenheit der Pfandrechte Unterschiede, insbesondere in bezug auf den Schutz des guten Glaubens an die Verfügungsbefugnis des Einlagerers (§ 366 Abs. 3 HGB) ergäben, kann jedoch im vorliegenden Fall unentschieden bleiben, da ein etwa bestehendes Pfandrecht des Beklagten, wie die Revision selbst nicht verkennt, nicht etwa seinerseits durch die im Streit befindliche Bürgschaft gesichert, sondern vielmehr durch die Bürgschaft ersetzt worden ist.

2) Das Berufungsgericht hat in tatrichterlicher Würdigung den Vergleich vom 9. Januar 1959 dahin ausgelegt, daß die Bürgschaft an die Stelle des Pfandrechts getreten, also ein Sicherungsrecht durch ein anderes ersetzt worden ist. Davon geht auch die Revision aus, wenn sie es als "eigentlichen Sinn und Inhalt" des Vergleichs bezeichnet, daß die Bürgschaft das Pfandrecht "ablösen" oder daß sie den "Ersatz des Pfandrechts" bilden sollte.

Von diesem Ausgangspunkt aus ist es aber nicht rechtsfehlerhaft, wenn das Berufungsgericht den Umfang des neuen Sicherungsrechts entsprechend der gesetzlichen Regelung danach bemißt, wie sich der jeweilige Bestand der Hauptforderung darstellt (§ 767 BGB); denn nicht nur in ihrer Entstehung, sondern auch in ihrem weiteren Fortbestehen ist die Bürgschaft grundsätzlich von dem Umfang der Hauptverbindlichkeit abhängig (BGB-RGRK 11. Aufl. § 767 Anm. 7).

Dieser Grundsatz der Abhängigkeit der Bürgschaft von dem Bestand und dem Umfang der Hauptverbindlichkeit ist zwar nicht ausnahmslos durchgeführt; es ist aber rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht hier keinen der Ausnahmefälle angenommen hat, die Gesetz oder Rechtsprechung dann anerkannt haben, wenn die Hauptverbindlichkeit in ihrem Bestand oder in ihrem Umfang deshalb Beeinträchtigungen erfährt, weil das aus allgemeinen Erwägungen nach Treu und Glauben zur Erhaltung der wirtschaftlichen Existenz des Hauptschuldners geboten ist (vgl. RGRK aaO Anm. 12 ff). Liegt aber ein solcher Ausnahmefall nicht vor, so handelt es sich bei dem Grundsatz der Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptverbindlichkeit um zwingendes Recht, das, jedenfalls im Rahmen einer Bürgschaft, für abweichende Parteivereinbarungen keinen Raum läßt. Würden gleichwohl abweichende Parteiabreden getroffen, so handelte es sich insoweit nicht mehr um Verpflichtungen aus einem Bürgschaftsvertrag, sondern um zusätzliche Verpflichtungen, die ihren Rechtsgrund in einem zusätzlichen Schuldversprechen oder in einem Garantievertrag hätten (RGZ 153, 345; RGRK aaO Anm. 17).

Mit diesen Rechtsgrundsätzen steht die Auslegung des Berufungsgerichts in Einklang, daß der Beklagte den Bürgen nur insoweit in Anspruch nehmen könne, als ihm gegen die Klägerin Forderungen aus der Einlagerung zustünden. Die Angriffe der Revision, die vor allem bemängelt, daß es dem Beklagten für die Geltendmachung des Pfandrechts habe gleichgültig sein können, ob Schuldner die Klägerin oder die Schweizer Bankgesellschaft sei, während er sich nunmehr mit der Frage auseinandersetzen müsse, wer von beiden seine Schuldnerin sei, laufen im Ergebnis darauf hinaus, daß das Berufungsgericht - nach Meinung der Revision - hätte zu einer Auslegung kommen müssen, wonach mit dem

Vergleich nicht nur die Ablösung des Pfandrechts durch eine Bürgschaft, sondern darüber hinaus die Vereinbarung einer gesamtschuldnerischen Haftung der beiden Schuldner oder eines entsprechenden die Haftung der Klägerin begründenden Schuldverhältnisses bezweckt worden sei. Daß der Tatrichter den Vergleich nicht so ausgelegt hat, beruht jedoch nicht, wie die Revision annimmt, auf einem Verstoß gegen § 286 ZPO; denn es liegt im Rahmen tatrichterlicher Auslegung, wenn das Berufungsgericht angenommen hat, der Beklagte sei, entsprechend dem Wortlaut des Vergleichs, durch eine Bürgschaft zwar in anderer Weise, aber im Ergebnis ebenso wirksam gesichert wie durch das der Bürgschaft vorangegangene Pfandrecht, auch ohne daß dessen Besonderheiten - Sicherung durch das Pfandgut, auch wenn Eigentümer und Schuldner nicht identisch sind - für die Ausgestaltung der Bürgschaft übernommen werden.

II. Das Berufungsgericht führt sodann aus, daß der ganz überwiegende Teil der Forderungen des Beklagten gegen die Klägerin verjährt sei und die Klägerin gegenüber allen verjährten Forderungen wirksam die Einrede der Verjährung erhoben habe.

1. Die Forderungen des Beklagten, so legt das angefochtene Urteil dar, bezögen sich auf Lagergebühren und Reinigungskosten oder auf Schadensersatz, der mit diesen Geschäften zusammenhänge; die vierjährige Verjährungsfrist (§ 196 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 2 BGB) sei also zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung für alle Ansprüche abgelaufen gewesen, die vor dem 1. Januar 1959 entstanden seien. Nach diesem Zeitpunkt sei nur noch eine Forderung von 445,12 DM offen; setze man dafür einschließlich eines Zinszuschlags rund 700,-- DM an, so ergebe sich, daß der

Beklagte jedenfalls in Höhe von (37.500 - 700 =) 36.800,-- DM die Bürgschaft freigeben müsse. In dieser Höhe sei daher durch Teilurteil zu entscheiden.

2. Daß die Verjährung gehemmt gewesen wäre, sei nicht ersichtlich. Sie sei aber auch nicht unterbrochen worden.

a) Der Beklagte habe mit seiner streitigen Forderung im Rechtsstreit nicht aufgerechnet, sondern mit ihr nur sein (angebliches) Recht begründet, sich aus der Sicherheit zu befriedigen. Eine im Rechtsstreit tatsächlich erklärte Aufrechnung habe nicht die hier in Rede stehenden Ansprüche betroffen, sondern einen behaupteten Anspruch auf Schadensersatz wegen der Folgen des von der Klägerin und der Schweizerischen Bankgesellschaft ausgebrachten Arrestes; hierüber sei aber in einem anderen Rechtsstreit entschieden worden, in dem der Beklagte auch Widerklage erhoben habe, so daß eine Aufrechnung im vorliegenden Verfahren ohnehin nicht möglich sei. Hinsichtlich der durch die hier streitige Bürgschaft gesicherten Forderungen habe der Beklagte jedenfalls keine Aufrechnung erklärt; der in einem nachträglich eingereichten Schriftsatz dafür angetretene Beweis könne nicht zugelassen werden, da der Rechtsstreit dadurch verzögert werden würde (§ 529 ZPO).

b) Die Klägerin habe die Sicherheit nicht in Anerkenntnis, sondern unter ausdrücklichem Bestreiten der Forderung des Beklagten geleistet; daher sei keine Unterbrechung der Verjährung gemäß § 208 BGB eingetreten.

c) Auch § 222 Abs. 2 BGB stehe dem Klagebegehren nicht entgegen; denn diese Vorschrift beziehe sich nur auf Sicherheiten, die nach Ablauf der Verjährungsfrist geleistet, nicht aber auf solche, die - wie im vorliegenden

Falle - vor der Verjährung des Anspruchs erbracht worden seien.

d) Der Klägerin sei es ferner nicht unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben verwehrt, sich auf die eingetretene Verjährung zu berufen.

aa) Zwar sei zwischen den Parteien noch kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist über eine vergleichsweise Regelung verhandelt worden, doch habe die Klägerin dabei den Beklagten nicht etwa hingehalten oder in ihm den Eindruck erweckt, sie werde sich nicht auf die Verjährung berufen; sie habe vielmehr stets auf eine Beschleunigung des Rechtsstreits gedrängt.

bb) Der Beklagte könne sich endlich nicht darauf berufen, daß die Klägerin seine Ansprüche gekannt habe; denn darauf komme es nicht an, sondern zur Vermeidung der Verjährung seien ganz bestimmte Handlungen des Gläubigers erforderlich. Nach dem Wortlaut des Vergleiches vom 9. Januar 1959 habe aber der Beklagte die Angreiferstellung wahrnehmen sollen; denn es sei darin von seiner Forderung die Rede, die in einem zwischen ihm und der S [REDACTED] zu führenden Rechtsstreit zu prüfen sei, nicht aber von dem zwischen der S [REDACTED] und ihm anhängigen Rechtsstreit, also einem Rechtsstreit umgekehrter Parteistellung; auch spreche der Vergleich von einer Entscheidung über die Berechtigung der Forderung des Beklagten. Das alles lasse erkennen, daß die Partner des Vergleichs davon ausgegangen seien, der Beklagte solle gegen S [REDACTED] eine Klage auf Zahlung oder auf Zustimmung zur Befriedigung aus der Bürgschaft erheben, sich aber nicht auf die einredeweise Geltendmachung seiner Ansprüche beschränken dürfen. Angesichts

dieser Umstände müsse der Beklagte das Risiko tragen, das er damit auf sich genommen habe, daß er zur Kostenersparnis von der Erhebung einer Widerklage absah.

III. Der Revision ist zuzugeben, daß das Berufungsgericht bei der Prüfung, ob der Klägerin die Einrede der Verjährung verwehrt ist, wesentliche Umstände nicht gewürdigt hat.

Zwar ist es rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Oberlandesgericht seine Entscheidung maßgeblich darauf abgestellt hat, ob die Klägerin gegenüber dem Beklagten die Einrede der Verjährung erheben kann, und daß es in diesem Zusammenhang nur die Beziehungen zwischen Hauptschuldner (Klägerin) und Gläubiger (Beklagter), nicht dagegen die Beziehungen zu dem Bürgen (Commerzbank) untersucht hat. Denn einerseits kann die aus dem Recht des Hauptschuldners folgende Einrede auch von dem Bürgen geltend gemacht werden (§ 768 BGB), während andererseits der rechtskräftig anerkannte Anspruch der Klägerin, von dem Beklagten die Freigabe der Bürgschaft zu fordern, den Bürgen noch nicht verpflichten würde, diese Freigabeerklärung anzunehmen, da der Bürge nicht gezwungen werden kann, eine dem Hauptschuldner zustehende Einrede seinerseits zu erheben - wobei es dahingestellt bleiben kann, ob in der Praxis eine Bank als Bürge wegen der dann drohenden Erschwerung des Rückgriffs (§ 774 BGB) darauf verzichten würde. Umgekehrt kommt es aber auch im Verhältnis zum Hauptschuldner darauf an, ob der Verjährungseinrede mit dem Einwand der Arglist begegnet werden kann, da dieser Einwand dann auch gegenüber dem Bürgen die Einrede der Verjährung ausschließen kann.

Das Berufungsgericht hat jedoch verkannt, daß sich die Klägerin unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles nach Treu und Glauben nicht auf den Ablauf der Verjährungsfrist berufen kann.

1. Zwar kann der Revision nicht darin gefolgt werden, daß sich das Recht des Beklagten auf Befriedigung aus der Bürgschaft trotz Eintritts der Verjährung schon aus § 222 Abs. 2 Satz 2 BGB ergebe, weil danach ein zur Sicherheitsleistung Verpflichteter die Sicherheit nicht zurückverlangen könne und daher die Befriedigung des Gläubigers aus der Sicherheit dulden müsse, auch wenn der Anspruch gegen ihn verjährt sein sollte. Denn § 222 Abs. 2 BGB schließt die Rückforderung von Leistungen aus, die zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs erbracht werden (Satz 1) und läßt das gleiche für vertragsmäßige Anerkenntnisse und Sicherheitsleistungen gelten (Satz 2); daraus ergibt sich eindeutig, daß nach dieser Vorschrift solche Anerkenntnisse und Sicherheitsleistungen nicht zurückgefordert werden können, die nach Ablauf der Verjährungsfrist erbracht worden sind, da sonst nicht von Leistungen auf einen "verjährten Anspruch" gesprochen werden könnte. Über das rechtliche Schicksal von Sicherheiten, die vor Ablauf der Verjährungsfrist erbracht worden sind, kann danach dem § 222 BGB nichts entnommen werden.

2. Dagegen hat das Berufungsgericht nicht geprüft, ob sich nicht aus § 223 Abs. 1 BGB im Zusammenhang mit dem Sinn und Zweck des Vergleiches ergibt, daß der Klägerin die Einrede der Verjährung abgeschnitten ist. Nach § 223 Abs. 1 BGB hindert die Verjährung eines Anspruchs, für den eine Hypothek, eine Schiffshypothek oder ein Pfandrecht besteht, den Berechtigten nicht, seine Befriedigung

aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen; weder der Wortlaut noch der Sinn dieser Vorschrift geben Anlaß daran zu zweifeln, daß auch gesetzliche Pfandrechte darunter fallen, da es nur auf das Bestehen eines Pfandrechts ohne Rücksicht auf dessen Entstehungsgrund ankommen kann (BGB RGRK 11. Aufl. § 223 Anm. 4). Danach wäre der Beklagte, sofern das von ihm in Anspruch genommene gesetzliche Pfandrecht an der eingelagerten Ware - sei es bezüglich der Lagerkosten als solches des Lagerhalters (§ 421 HGB, § 220 OLSchVO), sei es bezüglich der Bearbeitungskosten als solches des Werkunternehmers (§ 647 BGB) - nicht abgelöst worden wäre, auch durch den Eintritt der Verjährung nicht gehindert gewesen, sich aus der Pfandsache zu befriedigen. Ist aber mit dem Vergleich vom 9. Januar 1959 im Interesse der Klägerin, damit diese über die mit dem Pfandrecht behaftete Ware verfügen konnte, das Pfandrecht durch eine Bürgschaft ersetzt worden, so muß angenommen werden, daß damit der Beklagte in Bezug auf seine Rechte nach Ablauf der Verjährungsfrist nicht schlechter gestellt werden sollte als für den Fall des Weiterbestehens seines Pfandrechts. Insoweit liegt es anders als für die Frage einer Mithaftung der Klägerin für eine etwaige Schuld der Schweizer Bankgesellschaft (s. oben zu I); denn während dort der Beklagte für den Wegfall der gegenständlich beschränkten Haftung ohne Rücksicht auf die Person des Anspruchsgegners einen Ausgleich darin fand, daß er in Höhe seiner Forderungen den unbeschränkten Zugriff auf das Vermögen des für den jeweiligen Anspruchsgegner haftenden Bürgen gewann, würde der Beklagte im vorliegenden Fall mit dem Wegfall des Pfandrechts die Zugriffsmöglichkeit nach Eintritt der Verjährung verlieren, ohne in anderer Weise dafür einen Ausgleich zu finden.

Diesen Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht nicht gewürdigt.

3. Zutreffend weist die Revision auf einen weiteren Gesichtspunkt hin, den das Berufungsgericht unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben hätte prüfen müssen. Nach dem Vergleich soll die Bank aus der Bürgschaft in Anspruch genommen werden können, "wenn der Rechtsstreit zwischen der Firma Walter V. [REDACTED] ... und der S. [REDACTED] ... einerseits und der Schweizerischen Bankgesellschaft ... andererseits über die Berechtigung der Forderung der Firma Walter V. [REDACTED] ... rechtskräftig gegen die S. [REDACTED] und/oder die Schweizerische Bankgesellschaft entschieden ist". Der Berufungsrichter hat aus der Reihenfolge, in der die Beteiligten dabei aufgezählt sind, geschlossen, daß damit nur Rechtsstreitigkeiten gemeint sein könnten, die der Beklagte als Kläger gegen S. [REDACTED] und die Schweizer Bankgesellschaft als Beklagte zu führen habe; er hat aber nicht beachtet und in seine Würdigung einbezogen, daß sowohl der vorliegende Rechtsstreit als auch das Verfahren der Schweizer Bankgesellschaft gegen den Beklagten (Ib ZR 142/63) bei Vergleichsabschluß bereits anhängig waren und daß beide Klagen damals noch auf Freigabe der Waren lauteten, an denen der Beklagte sein gesetzliches Pfandrecht geltend gemacht und die er in Befolgung der einstweiligen Verfügung an den Gerichtsvollzieher als Sequester herausgegeben hatte. Da aber über die Freigabe der Waren nicht entschieden werden konnte, ohne daß damit auch über die Berechtigung der vom Beklagten erhobenen Ansprüche entschieden wurde, konnte der Beklagte sehr wohl der Meinung sein, die genannte Klausel des Vergleichs beziehe sich auf die bereits anhängigen Rechtsstreitigkeiten, zumal ja auch nach Änderung der Klagen auf Freigabe der Bürgschaft die Entscheidung über diesen Anspruch die

Prüfung voraussetzte, ob die Forderungen des Beklagten berechtigt waren. Bei dieser Sachlage hätte berücksichtigt werden müssen, daß es angesichts der für den Beklagten naheliegenden Auslegung des insoweit unklaren Vergleichswortlauts ihm gegenüber gegen Treu und Glauben verstößt, sich auf die Verjährung zu berufen.

Zudem befand sich der Beklagte mit seiner Rechtsverteidigung in einer ähnlichen Lage, als wenn die Klägerin die negative Feststellungsklage erhoben hätte; für diesen Fall hat aber das Reichsgericht bereits ausgesprochen, daß die Einrede der Verjährung gegen Treu und Glauben verstoßen kann, wenn der Schuldner diese Klage zunächst auf andere Gründe stützt und sich erst nach Ablauf der Verjährungsfrist auf die Verjährung beruft, ohne seine Absicht, dies zu tun, vorher dem Gläubiger kundzugeben (RG HRR 1936, 1209).

4. Bei dieser Sachlage kommt es nicht mehr darauf an, ob das Berufungsgericht den Beweisantritt des Beklagten dafür, daß er mit seinen Forderungen rechtzeitig aufgerechnet habe, als verspätet zurückweisen durfte, obwohl die Klägerin sich im vorangegangenen Schriftsatz zum ersten Mal auf die Einrede der Verjährung berufen hatte; es ist auch nicht mehr zu prüfen, ob gemäß § 390 BGB verjährte Forderungen des Beklagten den Forderungen der Klägerin noch aufrechenbar gegenüberstehen. Da die Klägerin sich nach Treu und Glauben nicht auf den Ablauf der Verjährungsfrist berufen kann, wird das Berufungsgericht nunmehr in die sachliche Nachprüfung der Darlegungen des landgerichtlichen Urteils zu den von den Parteien gegeneinander geltend gemachten Forderungen einzutreten haben.

IV. Nach allem war auf die Revision des Beklagten das angefochtene Urteil aufzuheben; die Sache war zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Krüger-Hieland Pehle Sprenkmann Mösl Alff