

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: ja

HGB § 129 Abs. 3

Braucht der Gläubiger einer offenen Handelsgesellschaft sich die Aufrechnung mit einer Forderung der Gesellschaft nicht gefallen zu lassen (hier: wegen vertraglichen Aufrechnungsverbots), so kann auch der Gesellschafter die Befriedigung des Gläubigers nicht verweigern.

BGH, Urt. v. 14. Dezember 1964 - VIII ZR 119/63 - OLG Köln
LG Köln

Verkündet
am 14. Dezember 1964
Klett,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

- 1) der Firma H. B. & Co. Kommanditgesellschaft,
 - 2) deren persönlich haftenden Gesellschafters Kaufmann
Heinz B.,
- beide in Be.-G., Haus H.,

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

die Firma Hermann Ba., Kommanditgesellschaft, vertreten
durch den Kaufmann Hermann Ba., in Fri., Post
H.,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 14. Dezember 1964 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger
und Mormann
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts Köln vom 14. Januar 1963
wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt Zahlung des restlichen Kaufpreises für Garne, die sie im Jahre 1953 an die Beklagte zu 1 geliefert hat. Nach den Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Klägerin, die Bestandteil des der Klageforderung zugrundeliegenden Vertrages geworden sind, gilt folgende Klausel:

" Falls die Verkäuferin zur Erhebung einer Klage auf Zahlung von gelieferten Waren genötigt ist, ist nicht nur die Geltendmachung eines Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechtes, sondern auch die Erhebung einer Widerklage unzulässig."

Mit der im Januar 1954 erhobenen Klage hat die Klägerin beantragt, die Beklagte zu 1 und deren persönlich haftenden Gesellschafter, den Beklagten zu 2, zur Zahlung des unstreitigen Restbetrages von 7712,20 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Am 12. März 1954 schlossen die Klägerin und andere beteiligte Lieferfirmen mit der Firma S. R. & Co. GmbH in F. einen Vertrag über die Lieferung von Wolldecken ab. Dieser Vertrag soll nach Darstellung der Beklagten mit Hilfe und durch Vermittlung des für die Beklagte zu 1 handelnden Beklagten zu 2 zustande gekommen sein. Hieraus leiten die Beklagten eine die Klageforderung übersteigende Provisionsforderung ab.

Die Beklagten haben vorgetragen, schon vor Abschluß des Vertrages vom 12. März 1954 habe zwischen den Prozeßbevollmächtigten der Parteien Einigkeit darüber bestanden, daß die erwartete Provisionsforderung mit der Klageforderung verrechnet werden sollte. Später habe dann die Klägerin selbst mit der Klageforderung aufgerechnet und die Aufrechnung gegenüber Dritten, an die die Beklagte zu 1 Teilbeträge der Provisionsforderung abgetreten hatte, sowie auch den Beklagten



gegenüber erklärt. Dies ergebe sich insbesondere aus einem Schreiben des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin vom 10. Mai 1955 an die Firma Gebrüder Fr [REDACTED] in K [REDACTED]. Außerdem habe die Beklagte zu 1 mit Schreiben vom 25. Mai 1954 gegen die Klageforderung aufgerechnet. Das Schreiben lautet wie folgt:

"Wir setzen Sie hiermit davon in Kenntnis, daß wir aus der uns Ihnen gegenüber zustehenden Vergütungsforderung in der Angelegenheit S [REDACTED] R [REDACTED] G.m.b.H. F [REDACTED]/M., die sich auf DM 42 600 beläuft, einen Betrag von DM 20 109,70 an verschiedene Gläubiger zediert haben. Mit dem DM 20 109,70 übersteigenden Betrag rechnen wir zunächst in Höhe Ihrer gegen uns bestehenden Forderung, wie sie in dem Rechtsstreit Akz. 21 O 29/54 vor dem Landgericht eingeklagt ist, auf. Über den DM 28 354,25 übersteigenden Betrag werden wir anderweitig durch weitere Zessionen verfügen."

Die Klägerin hat die Provisionsforderung dem Grunde und der Höhe nach bestritten. Sie hat ferner geltend gemacht, daß sie weder einen Aufrechnungsvertrag abgeschlossen noch selbst aufgerechnet habe. Außerdem hat sie die Zulässigkeit der Aufrechnung der Beklagten zu 1 in Abrede gestellt.

Nachdem die Klägerin die Klage erweitert hatte, wies das Landgericht durch Teilurteil vom 21. Dezember 1954 die ursprüngliche Klageforderung mit der Begründung ab, die Klägerin habe gegen die behauptete Provisionsforderung aufgerechnet und die Klageforderung dadurch zum Erlöschen gebracht. Gegen dieses Urteil legte die Klägerin Berufung ein.

Die weitergehende Klageforderung wurde rechtskräftig abgewiesen. Hierauf bezieht sich das Urteil des erkennenden Senats vom 7. Mai 1957 - VIII ZR 59/56 -.

Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Klägerin das Teilurteil des Landgerichts abgeändert und ihr die in diesem Urteil abgewiesene ursprüngliche Klageforderung zugesprochen. Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten,

mit der sie die Wiederherstellung des Teilurteils des Landgerichts erstreben. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Oberlandesgericht behandelt in erster Reihe die Frage, ob die Klägerin mit der Klageforderung gegen die streitige Provisionsforderung der Beklagten zu 1 aufgerechnet hat, und verneint diese Frage. Die Revision will demgegenüber aus dem Verhalten der Klägerin in der Zeit von März bis Mai 1954 und ihrem in diesem Zusammenhang stehenden Schreiben vom 10. Mai 1954 an die Firma Gebr. Fr. [REDACTED] und ähnlich lautenden Schreiben an andere Zessionare der Beklagten zu 1 den Schluß gezogen wissen, daß die Klägerin wirksam aufgerechnet habe. Sie habe die Aufrechnung auch der Beklagten zu 1 gegenüber dadurch erklärt, daß sie ihr die Schreiben an die Zessionare abschriftlich mitgeteilt habe. Eine andere Auslegung, so meint die Revision, berücksichtige nicht den objektiven Erklärungswert der Schreiben, wie er nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte von der Beklagten zu 1 aufgefaßt werden mußte.

Die Rüge der Revision ist nicht begründet.

1) Auszugehen ist von folgendem Sachverhalt:

Durch Schreiben vom 2. März 1954 an den damaligen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten erklärte der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin, Rechtsanwalt Dr. D. [REDACTED], sich mit einem vorläufigen Ruhen des Rechtsstreits einverstanden. Er glaube, daß die Angelegenheit so in Ordnung komme. In dem Schreiben bat Rechtsanwalt Dr. D. [REDACTED] jedoch um eine schriftliche Einverständniserklärung des Beklagten zu 2, daß die Forderung der Klägerin gegen die Beklagte zu 1 mit den dieser

zustehenden Vergütungen aus dem Wolldeckengeschäft verrechnet werden könne. Dadurch sollte, wie zwischen den Parteien in diesem Rechtsstreit unstreitig war, klargestellt werden, daß der Beklagte zu 2 keine Einwendungen gegen eine Aufrechnung der Klägerin erheben werde, falls die Provisionsansprüche nicht der Beklagten zu 1, sondern dem Beklagten zu 2 zustehen sollten. In einem an den Beklagten zu 2 gerichteten Schreiben vom selben Tage teilte Rechtsanwalt Dr. D. [REDACTED] mit, er habe mit den Vertretern der vier an dem Auftrag der Firma S. [REDACTED] R. [REDACTED] & Co. auf Lieferung von 300 000 Wolldecken beteiligten Firmen auch wegen der dem Beklagten zu 2 zu gewährenden Provision gesprochen. Die Firmen seien bereit, ihm eine Provision von 1 % des Preises des für die Wolldeckenlieferung erforderlichen Garnes zu gewähren, welche nach vollständiger Durchführung der Lieferung der Decken durch die einzelnen Firmen und deren Bezahlung fällig und zahlbar sein würde. Der Beklagte zu 1 möge ihm das Einverständnis hiermit bestätigen. Der Beklagte lehnte dies mit Schreiben vom 4. März 1954 ab, weil ihm bereits von allen beteiligten Firmen eine Provision von 2 % des mit der Firma S. [REDACTED] R. [REDACTED] & Co. zu vereinbarenden Endpreises zugesagt worden sei. Dr. D. [REDACTED] bestritt im Antwortschreiben vom 8. März 1954 eine solche Vereinbarung. Er hielt jedoch die Bereitschaft der Klägerin zur gütlichen Regelung auch in der weiteren Korrespondenz zwischen den Prozeßbevollmächtigten aufrecht, so im Schreiben vom 22. April 1954. In einem Schreiben vom 29. April 1954 beschwerte sich der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten darüber, daß Gläubiger der Beklagten beunruhigt seien, weil die Klägerin ihnen gegenüber erklärt habe, auf die behauptete Provisionsforderung nichts zu verschulden. Hierauf richtete Rechtsanwalt Dr. D. [REDACTED] an die Firma Gebr. Fr. [REDACTED] in K. [REDACTED] das Schreiben vom 10. Mai 1954. Er teilte darin mit, seine Auftraggeberin (die Klägerin) habe sich bereit erklärt, der Firma H. Behr (Beklagte zu 1) eine Vergütung zu zahlen, welche jedoch noch von der Durchführung und Bezahlung eines bestimmten Auftrages abhängig sei. Die genaue Höhe dieser Vergütung könne daher noch nicht angegeben werden. Gegenüber den hiernach der

Firma H. B. [REDACTED] zustehenden Ansprüchen rechne seine Auftraggeberin zunächst mit einer ihr gegen diese Firma zustehenden Forderung in Höhe von 8520,96 DM auf, in welcher die Zinsen bis zum 30. April 1954 enthalten seien, vorbehaltlich der Berechnung weiterer Zinsen. Anschließend heißt es in dem Schreiben wörtlich:

" Die Vergütung der Firma H. B. [REDACTED] wird jedoch erst fällig mit der Bezahlung der monatlichen Teillieferungen des Auftrages, die innerhalb vier Wochen nach Abnahme der einzelnen Lieferungen erfolgen soll. Der Auftrag soll bis Ende ds.Js. abgewickelt sein.

....

Um die Abtretungen in der tatsächlich erfolgten Reihenfolge berücksichtigen zu können, muß ich namens meiner Auftraggeberin jedoch um Vorlage der Originale der Abtretungserklärung bitten.

Diese Erklärungen erfolgen ohne Gewähr und gänzlich unverbindlich, sowie unter Vorbehalt aller Rechte, insbesondere des Rechtes der Hinterlegung.

Vorsorglich weise ich noch darauf hin, daß die Firma H. B. [REDACTED] ihrerseits glaubt, höhere Ansprüche stellen zu können. Für den Fall, daß sie ihre Ansprüche gerichtlich geltend macht und in diesem Rechtsstreit alsdann die etwaige Vergütung geringer festgesetzt wird, als meine Auftraggeberin sie zuzubilligen bereit ist, muß meine Auftraggeberin sich natürlich eine entsprechende Berücksichtigung der Höhe nach vorbehalten."

Das Berufungsgericht unterstellt, daß der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin dieses Schreiben abschriftlich dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten mitgeteilt habe. Es unterstellt ferner, daß Rechtsanwalt Dr. D. [REDACTED] entsprechende Schreiben um diese Zeit an andere Zessionare der Beklagten zu 1 gerichtet und sie dieser abschriftlich mitgeteilt habe.

2. In dem Schreiben vom 10. Mai 1954 ist nach Auffassung des Berufungsgerichts keine wirksame Aufrechnung zu sehen. Es begründet diese Annahme mit folgenden Erwägungen: Dr. D. [REDACTED] habe nicht dem vom Zessionar geltend gemachten Anspruch mit einem Gegenrecht begegnen wollen mit der Wirkung, daß die Forderung des Zessionars in Fortfall kommen sollte. Eine solche

Auslegung des Schreibens werde dem erkennbar darin zum Ausdruck gekommenen Willen des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin nicht gerecht. Daß keine Aufrechnung vorgenommen worden sei, erhelle ohne weiteres daraus, daß Rechtsanwalt Dr. D. in dem Schreiben an die Firma Fr. mitteile, die ihr abgetretene Forderung werde voraussichtlich gedeckt werden, auch wenn die Klägerin gegenüber den der Beklagten zu 1 selbst zustehenden Ansprüchen zunächst mit einer Forderung von 8520,96 DM (Klageforderung nebst Zinsen) aufrechne. Rechtsanwalt Dr. D. habe in dem Schreiben der Zessionarin in Aussicht gestellt, allerdings unter mehrfachen Vorbehalten, daß sie wahrscheinlich befriedigt werden könne. Deshalb habe er auch um Vorlage des Originals der Abtretungserklärung gebeten.

Diese Auslegung des Schreibens vom 10. Mai 1954 wird von der Revision nicht angegriffen, soweit eine Aufrechnungserklärung gegen den damals abgetretenen Teil der streitigen Provisionsforderung abgelehnt ist. Sie ist auch aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

3. Die Revision macht geltend, die Klägerin habe durch Übersendung des Schreibens an die Beklagte zu 1 ihr gegenüber eine Aufrechnung erklärt. Sie liege in dem Satz: "Gegenüber den hiernach der Firma H. B. zustehenden Ansprüchen rechnet meine Auftraggeberin zunächst mit einer ihr gegen die Firma H. B. zustehenden Forderung in Höhe von 8520,96 DM auf..." Die Vorbehalte der Klägerin, so meint die Revision, bezögen sich nicht auf die Erklärung gegenüber der Beklagten zu 1. Diese habe in der Übersendung des Schreibens in Verbindung mit dem sonstigen Verhalten der Klägerin, die in der Zeit seit Februar 1954 zu erkennen gegeben habe, daß ihr eine Verrechnung der Klageforderung mit einer Provisionsforderung der Beklagten zu 1 nicht unerwünscht sei, eine Aufrechnungserklärung erblicken können und erblickt. Dies müsse die Klägerin nach Treu und Glauben gegen sich gelten lassen.

4. Das Berufungsurteil enthält indes keinen Rechtsfehler. Nach Auffassung des Berufungsgerichts erklärt sich die Übersendung der Abschrift des der Firma Fr. [REDACTED] zugesandten Schreibens an die Beklagte zu 1 zwangslos aus den damaligen Verhandlungen der beiderseitigen Prozeßbevollmächtigten über eine gütliche Regelung der Streitfragen und auch aus der Beanstandung des damaligen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten, daß die Klägerin den Zessionaren erklärt habe, sie verschulde der Beklagten zu 1 nichts. Der Erklärung im Schreiben vom 10. Mai 1954 komme demnach nur die Bedeutung einer Ankündigung zu, zunächst einmal werde die Forderung der Klägerin gegen die Firma H. B. [REDACTED] durch Aufrechnung befriedigt werden.

Diese Erwägungen des Berufungsgerichts unterliegen keinen rechtlichen Bedenken. Gegen die Annahme der Revision, durch Übersendung des Schreibens an die Beklagte zu 1 sei ihr gegenüber eine Aufrechnung mit der Klageforderung erklärt worden, sprechen weiter folgende Umstände: Soweit die Klägerin von Abtretungserklärungen der Beklagten damals Kenntnis erhalten hatte, wäre eine Aufrechnung der Forderung der Klägerin gegenüber vorrangigen Abtretungsempfängern erforderlich gewesen (§ 406 BGB). Die Annahme, daß die Klägerin Zessionaren gegenüber eine Aufrechnung nur angekündigt, dagegen durch Übersendung von Abschriften der an die Zessionare gerichteten Schreiben an die Beklagte zu 1 dieser gegenüber eine Aufrechnung der Klageforderung gegen den der Beklagten zustehenden Rest bereits erklärt habe, ist nicht haltbar. Ebenso fern liegt die Würdigung, in der bloßen Übermittlung der Schreiben liege eine Aufrechnung gegenüber den abgetretenen Teilen der Forderung, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts den Zessionaren gegenüber nicht erklärt worden ist.

II. Weiter rügt die Revision, das Festhalten der Klägerin an der Bestimmung ihrer Lieferungsbedingungen, durch die

der Beklagten die Aufrechnung im Falle einer Klage verboten worden sei, verstoße gegen Treu und Glauben, nachdem die Klägerin schon seit Februar 1954 zu erkennen gegeben, zum mindesten aber den Schein erweckt habe, daß sie sich mit der Beklagten verrechnen wolle. Das von der Klägerin erweckte Vertrauen habe die Beklagte veranlaßt, mit Schreiben vom 25. Mai 1954 aufzurechnen. Deshalb sei diese Aufrechnungserklärung zu berücksichtigen.

Auch diesen Erwägungen der Revision kann nicht beige-treten werden. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben ist nicht schon daraus herzuleiten, daß die Klägerin sich durch ihre Anfrage vom 2. März 1954 bei dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten dessen vergewissert hat, ob der Beklagte zu 2 mit der Aufrechnung einer etwa ihm selbst erwachsenden Provisionsforderung gegenüber der Beklagten zu 1 einverstanden sei, und daß der Klägerin darauf die erbetene Zustimmung gegeben wurde. Wenn der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin dann die Aufrechnung der Klageforderung gegen die Provisionsforderung angekündigt hat, so hinderte dies die Klägerin nicht, von diesem Vorhaben Abstand zu nehmen, nachdem eine Einigung zwischen den Parteien wegen der Provisionsforderung nicht zustande gekommen war und die Klägerin deshalb gegen die Provisionsforderung auch dem Grunde nach Einwendungen erheben wollte. Die Klägerin hat sich gegenüber der Aufrechnungserklärung vom 25. Mai 1954 bereits mit Schriftsatz vom 14. Juni 1954 auf den in ihren Lieferungsbedingungen festgelegten Ausschluß der Aufrechnung berufen. Es ist unter diesen Umständen kein Rechtsmißbrauch, wenn sie der Aufrechnung der Beklagten vom 25. Mai 1954 entgegentrat.

Eine Ausnahme von dem vereinbarten Aufrechnungsverbot nach dem Grundsatz von Treu und Glauben unter dem Gesichtspunkt, daß die zur Aufrechnung gestellte Provisionsforderung entscheidungsreif und begründet sei (vgl. BGH Urt. v. 9. Februar 1960 - VIII ZR 53/59 - NJW 1960, 859), kommt hier nicht in Betracht, weil es an den entsprechenden Voraussetzungen fehlt.

III. Die Revision beruft sich schließlich auf §§ 161 Abs. 2, 129 Abs. 3 HGB und meint, der Beklagte zu 2 dürfe die Befriedigung der Klageforderung auch dann verweigern, wenn die Beklagte zu 1 sich den vertraglichen Ausschluß der Aufrechnung entgegenhalten lassen müsse. Denn nach § 129 Abs. 3 HGB, der auf die Kommanditgesellschaft Anwendung findet, dürfe der persönlich haftende Gesellschafter die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der Gesellschaft befriedigen könne.

Die Revision gibt damit der Vorschrift des § 129 Abs. 3 HGB eine sich nur an den Wortlaut klammernde Auslegung, der nicht beigetreten werden kann, da sie mit Sinn und Zweck der Vorschrift nicht in Einklang steht. Diese Bestimmung ist im Zusammenhang mit § 129 Abs. 1 und der persönlichen Haftung der Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft zu verstehen. § 129 HGB behandelt nur die Einwendungen aus dem Recht der Gesellschaft. In § 129 Abs. 2 wird dem Umstand Rechnung getragen, daß ein Gesellschafter grundsätzlich aus eigenem Recht nicht befugt ist, die Anfechtung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts zu erklären. Deshalb darf er die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange der Gesellschaft das Recht zur Anfechtung zusteht. Ähnlich liegt es bei der Aufrechnung. Auch für diesen Fall gewährt das Gesetz dem Gesellschafter in § 129 Abs. 3 ein Leistungsverweigerungsrecht und zwar ebenfalls aus dem Recht der Gesellschaft. Hat dieser mit dem Gläubiger ein Aufrechnungsverbot vereinbart, so geht es nicht an, dem persönlich haftenden Gesellschafter die rechtliche Möglichkeit einzuräumen, den Gläubiger darauf zu verweisen, daß dieser mit einer Forderung gegen die Gesellschaft aufrechnen könne. Dem steht nicht entgegen, daß die Vorschrift ihrem Wortlaut nach nur auf die dem Gläubiger zustehende Aufrechnungsbefugnis verweist. Eine andere Auslegung als die von dem erkennenden Senat für richtig gehaltene widerspräche dem Grundsatz, daß der persönlich haftende Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft in ihrem jeweiligen Bestande aufzukommen hat (§§ 105,

161 HGB). In diesem Sinne wird die Vorschrift des § 129 Abs. 3 HGB auch einhellig im Schrifttum verstanden (vgl. Weipert in HGB RGRK 2. Aufl. (1950) § 129 Anm. 9; Schlegelberger/Gessler HGB 4. Aufl. (1963) § 129 Anm. 12; Baumbach/Duden HGB 16. Aufl. (1964) § 129 Anm. 3; Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft 3. Aufl. (1964) S. 232 f.).

Eine Auslegung, wie sie die Revision für richtig hält, daß dem Gesellschafter das Leistungsverweigerungsrecht auch dann zustehen soll, wenn nur der Gläubiger, nicht aber die Gesellschaft zur Aufrechnung befugt ist, läßt sich auch nicht auf die Entstehungsgeschichte des § 129 Abs. 3 stützen (vgl. Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs - 1897 - in der dem Reichstag vorgelegten Fassung - S. 95). Denn zu § 127 Abs. 3 der Vorlage, der dem § 129 Abs. 3 des Gesetzes zugrundeliegt, wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, der Absatz 3 betreffe Fälle, in welchen ein Gesellschafter wegen einer Schuld der Gesellschaft in Anspruch genommen wird, hinsichtlich deren der Gesellschaft selbst mit Rücksicht auf eine Gegenforderung an den Gläubiger ein Recht der Aufrechnung zusteht. Um diesem Sinn der Vorschrift Rechnung zu tragen, wurde bestimmt, daß es sich um eine fällige (also von ihr aufrechenbare) Forderung der Gesellschaft handeln müsse, wenn der Gesellschafter zur Leistungsverweigerung berechtigt sein soll. Auch der Umstand, daß dem § 129 Abs. 3 eine Fassung gegeben wurde, die im Wortlaut dem § 770 Abs. 2 BGB entspricht, rechtfertigt nicht die von der Revision vertretene Gesetzesauslegung. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der Bürge die verzögerliche Einrede aus § 770 Abs. 2 nicht geltend machen kann, wenn sich der Gläubiger die Aufrechnung durch den Hauptschuldner nicht gefallen zu lassen braucht, weil dieser das Recht dazu nie gehabt oder verloren hat. Denn diese Frage, die, soweit ersichtlich, von dem Bundesgerichtshof bisher noch nicht entschieden, vielmehr in dem Urteil des VII. Zivilsenats BGHZ 24, 97, 99 = WM 1964, 736 ausdrücklich offen gelassen worden ist, bedarf hier nicht der Beantwortung. Es sei jedoch bemerkt, daß im Schrifttum zu § 770 Abs. 2 BGB ebenfalls der

Standpunkt vertreten wird, für den Grundgedanken dieser Bestimmung sei die Befreiungsbefugnis des Schuldners maßgebend, die verzögerliche Einrede des Bürgen setze somit die Aufrechnungsbefugnis des Hauptschuldners voraus (vgl. Planck/Oegg BGB 4. Aufl. (1928) § 770 Anm. 2 c; Oertmann BGB 5. Aufl. (1929) § 770 Anm. 1; Fischer in BGB RGRK 11. Aufl. (1960) § 770 Anm. 5).

Entgegen der Auffassung der Revision kann der Beklagte zu 2 ein Leistungsverweigerungsrecht auch nicht aus dem Schreiben des Rechtsanwalts Dr. D. [REDACTED] vom 2. März 1954 herleiten. Die Revision meint, hiermit habe die Klägerin zumindest den Schein erweckt, daß sie sich nur mit der Beklagten zu 1 verrechnen wolle. Daraus allein kann aber unter den hier gegebenen Umständen kein Leistungsverweigerungsrecht für den Beklagten zu 2 hergeleitet werden.

IV. Erweisen sich somit die Angriffe der Revision gegen das Berufungsurteil als nicht gerechtfertigt, so mußte es bestätigt werden. Die Entscheidung über die Kosten der Revision folgt aus § 97 ZPO.

Dr.Gelhaar Artl Dr.Dorschel Dr.Mezger Mormann