

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 766; HGB §§ 1 Abs. 2 Nr. 4, 350; ZPO § 775 Nr. 3

Die Bürgschaft einer Bank, die zum Zwecke der Abwendung der Zwangsvollstreckung eingegangen wird, bedarf zu ihrer materiellrechtlichen Wirksamkeit nicht der Schriftform.

BGB § 132 Abs. 1; ZPO § 187

Wird eine Willenserklärung nach § 132 Abs. 1 BGB durch Vermittlung des Gerichtsvollziehers zugestellt, so kann das Gericht trotz etwaiger Zustellungsmängel die Zustellung als bewirkt ansehen.

BGB § 765; ZPO § 713 Abs. 2

Wer sich zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem Räumungsurteil verbürgt, hat für alle Ansprüche einzustehen, die dem Gläubiger gegen den Räumungsschuldner aus der Vor-
enthaltung des Besitzes seit der Anordnung der Voll-
streckungsabwendungsbefugnis zustehen.

BGH, Urt. v. 25. Januar 1967 - VIII ZR 173/64 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

At

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 173/64

URTEIL

Verkündet am

25. Januar 1967
Klett, Justiz-
hauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der F [REDACTED] V [REDACTED] eGmbH in S [REDACTED]-F [REDACTED],
S [REDACTED] Straße [REDACTED],
vertreten durch die Bankdirektoren Erwin U [REDACTED] und
Eugen R [REDACTED]

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

1. die Witwe Maria Theresia S [REDACTED] in S [REDACTED] N [REDACTED] Straße [REDACTED],
2. den Hauptmann bei der Bundeswehr Rudolf S [REDACTED] in
R [REDACTED], S [REDACTED] weg [REDACTED],
3. Die Frau Elfriede K [REDACTED] geb. S [REDACTED] in S [REDACTED],
H [REDACTED] Straße [REDACTED]

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Januar 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Mormann und Braxmaier für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 13. Juli 1964 unter Zurückweisung im übrigen im Kostenpunkt dahin geändert:

Von den Kosten des ersten Rechtszuges haben die Klägerin zu 1) 1/10, die Kläger zu 2) und 3) je 1/20, die Beklagte 8/10 zu tragen. Die Kosten des Berufungsverfahrens fallen der Klägerin zu 1) zu 1/15, den Klägern zu 2) und 3) zu je 1/30, der Beklagten zu 13/15 zur Last.

- II. Die Kosten des Revisionsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger sind die Erben des am 31. Juli 1958 verstorbenen Kaufmanns Gustav S. S. hatte dem Kaufmann Willy K. für die Zeit vom 1. Oktober 1948 bis 30. September 1958 einen Laden in S., K.-straße, untervermietet. In einem Rechtsstreit vor dem Amtsgericht Stuttgart wurde K. am 31. Juli 1958 vorläufig vollstreckbar verurteilt, den Laden zum 30. September 1958 zu räumen und herauszugeben. Im Berufungsverfahren erließ das Landgericht Stuttgart am 16. Oktober 1958 ein Teilurteil, wonach K. die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Amtsgerichts durch



Leistung einer Sicherheit in Höhe von 40 000 DM in bar oder durch Bankbürgschaft abwenden durfte, falls nicht die Kläger Sicherheit in gleicher Art und Höhe leisteten. Die verklagte Volksbank gab am 29. Oktober 1958 auf der dem Prozeßbevollmächtigten K[REDACTED] erteilten Ausfertigung dieses Teilurteils folgende schriftliche Erklärung ab:

"Bankbürgschaft"

Die nach dem vorstehenden Teil-Urteil erforderliche Bankbürgschaft in Höhe von 40 000 DM (i.W. Vierzigtausend Deutsche Mark) wird von uns geleistet, was hiermit bestätigt wird."

Der vom Prozeßbevollmächtigten der Kläger bereits am 13. September 1958 erteilte Vollstreckungsauftrag wurde daraufhin nach Schriftwechsel mit dem Gerichtsvollzieher am 12. November 1958 zurückgezogen. Das Landgericht Stuttgart hat mit Urteil vom 11. September 1959 die Berufung gegen das Räumungsurteil des Amtsgerichts zurückgewiesen. K[REDACTED] gab die Ausfertigung des Teilurteils vom 16. Oktober 1958, auf dem sich die Bürgschaftserklärung befand, mit Schreiben vom 25. September 1959 an die Beklagte zurück mit dem Anfügen, das Urteil sei "ausgesprochen und zu unseren Gunsten verlaufen". Die Beklagte entlastete daraufhin das Konto des K[REDACTED].

In einem weiteren Rechtsstreit vor dem Landgericht Stuttgart haben die Kläger K[REDACTED] auf Ersatz des ihnen durch die Vorenthaltung des Ladens entstandenen Schadens in Anspruch genommen. Mit Rücksicht darauf, daß ihr eigenes Mietrecht an den Räumen bereits zum Jahresende 1958 erloschen war, haben sie ihre Ansprüche auf die Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 1958 begrenzt. Während dieses Prozesses verstarb Knörzer. Über sein Vermögen wurde der Nachlaßkonkurs eröffnet. Gegen den Konkursverwalter erstritten die Kläger am 12. Februar 1963 ein rechtskräftiges Urteil, wonach für die Klägerin zu 1 ein Anspruch von 9 375 DM, für die Kläger zu 2

At

und 3 ein Anspruch von je 4 687,50 DM jeweils nebst Zinsen ab 1. Januar 1959 als zu Recht bestehend festgestellt wurde.

Die Kläger nehmen die Beklagte auf Zahlung aus der Bürgschaft in Anspruch. Sie haben beantragt, die Beklagte zu verurteilen, 22 000 DM zu zahlen, davon 1/2 an die Klägerin zu 1 und je 1/4 an die Kläger zu 2 und 3. Das Landgericht hat unter Abweisung der Klage im übrigen den Klägern insgesamt 18 750 DM zugesprochen. Auf die Berufung der Beklagten wurde das landgerichtliche Urteil dahin geändert, daß die Beklagte zur Zahlung von insgesamt 16 250 DM, und zwar 8 125 DM an die Klägerin zu 1 und je 4 062,50 DM an die Kläger zu 2 und 3 verurteilt wurde. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage in vollem Umfang. Die Kläger haben beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß den Klägern als Erben des Gustav S. [REDACTED] gegen den Nachlaß des Willy K. [REDACTED] wegen der Vorenthaltung des Ladens in der Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 1958 ein Schadensersatzanspruch von insgesamt 18 750 DM zusteht. Rechtsgrundlage hierfür sind die §§ 557 Abs. 1 Satz 2, 286 BGB. Die Beklagte wird als Bürge für diese Verbindlichkeit in Anspruch genommen.

2. Unstreitig war die Bürgschaftserklärung der Beklagten vom 29. Oktober 1958 darauf gerichtet, die Ansprüche der Kläger zu sichern, die ihnen gegen K. [REDACTED] aus der durch die Einstellung der Zwangsvollstreckung bedingten Verzögerung der Räumung und Herausgabe des Ladens erwachsen. Umstritten ist aber, ob ein Bürgschaftsvertrag zustande gekommen und - gegebenenfalls - in welchem Umfang die Schadensersatzforderung gesichert worden ist.

II. 1. a) Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob die im Prozeß erteilte Bürgschaft einer Bank der Schriftform bedarf. Jedenfalls, so hat es ausgeführt, enthalte die schriftliche Erklärung der Beklagten vom 29. Oktober 1958 die für die Wirksamkeit einer Bürgschaftserklärung notwendigen Angaben über die zu sichernde Schuld und die Person des Gläubigers. Die Erklärung sei auf eine dem Prozeßbevollmächtigten des K[REDACTED] erteilte Ausfertigung des Teilurteils vom 16. Oktober 1958 gesetzt worden. Sie habe auf dieses Urteil Bezug genommen. Daraus habe sich mit hinreichender Deutlichkeit ergeben, daß die Bürgschaft sich auf die durch Einstellung der Zwangsvollstreckung etwa entstehende Schadensersatzpflicht des K[REDACTED] gegenüber den Klägern bezogen habe.

b) Diese Ausführungen halten jedenfalls im Ergebnis den Angriffen der Revision stand.

Die Beklagte ist als Bank Kaufmann (§ 1 Abs. 2 Nr. 4 HGB; vgl. auch § 17 Abs. 2 GenG). Die Formvorschrift des § 766 BGB gilt gemäß §§ 350, 343 HGB für sie nicht. Zur materiellrechtlichen Wirksamkeit einer von ihr als Handelsgeschäft eingegangenen Bürgschaft bedarf es daher nicht der Schriftlichkeit der Bürgschaftserklärung. Das gilt auch für eine Bürgschaft, die zur Abwendung der Zwangsvollstreckung nach § 713 Abs. 2 ZPO abgegeben wird (Stein/Jonas, ZPO 19. Aufl. § 108 Anm. V 2; Wieczorek, ZPO § 108 Anm. B III d 3; a.A. Baumbach/Lauterbach, ZPO 29. Aufl. § 108 Anm. 3). Eine andere Frage ist, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um auf Grund der Bürgschaft die Einstellung der Zwangsvollstreckung zu erreichen (vgl. § 775 Nr. 3 ZPO). Ob mit Rücksicht auf diese Vorschrift aus Gründen der Zweckmäßigkeit die Einhaltung der Schriftform geboten erscheint, bedarf hier keiner Erörterung, weil die Zwangsvollstreckung wegen der Bürgschaftserklärung der Beklagten unstreitig eingestellt worden ist.

Brauchte die Bürgschaftserklärung vom 29. Oktober 1958 nicht schriftlich erteilt zu werden, so gelten nicht die Anforderungen, die die Rechtsprechung für die Bürgschaftserklärung eines Nichtkaufmanns (§ 766 BGB) aufgestellt hat und die darauf hinauslaufen, daß die wesentlichen Teile einer Bürgschaftserklärung, nämlich die Bezeichnung der Person des Gläubigers und der zu sichernden Schuld sowie die Erklärung, für diese Schuld eintreten zu wollen, in der Urkunde, wenn auch nur unvollkommen, zum Ausdruck gekommen sein müssen, und daß nur ergänzend zur Beseitigung von Unklarheiten Umstände außerhalb der Urkunde berücksichtigt werden dürfen (BGHZ 26, 142, 146). Diese Rechtsprechung beruht darauf, daß der Bürge durch die Schriftform auf die Gefährlichkeit seiner Verpflichtung hingewiesen werden soll. Deshalb muß gerade das für die Bürgschaft Wesentliche schriftlich erklärt werden. Entfällt diese Warnfunktion, weil der Bürge Kaufmann ist, so ist die Bürgschaftserklärung, auch wenn sie in schriftlicher Form erteilt worden ist, auch dann wirksam, wenn ihr Inhalt nur in Verbindung mit außerhalb der Bürgschaftsurkunde liegenden Umständen zu ermitteln ist. Die Ausführungen der Revision gehen deshalb ins Leere, die Bürgschaftserklärung enthalte weder Angaben über die Person des Gläubigers noch eine Bezeichnung der Schuld, das Berufungsgericht habe daher nicht darauf abstellen dürfen, beides ergebe sich aus den Umständen, nämlich daraus, daß die Bürgschaftserklärung auf die dem Prozeßbevollmächtigten des K[REDACTED] erteilte Ausfertigung des die Sicherheitsleistung anordnenden Teilurteils vom 16. Oktober 1958 gesetzt worden sei und auf dieses Urteil Bezug genommen habe. Hierauf kommt es nicht an. Es genügt, daß die Bürgschaftserklärung jedenfalls nach den Umständen klar war und von den Beteiligten richtig verstanden worden ist. Das war hier der Fall. Unstreitig hat der Prozeßbevollmächtigte der Kläger im Vollstreckungsverfahren die Bürgschaftserklärung so aufgefaßt wie sie gemeint war, nämlich als Verpflichtung, für etwaige Schadensersatzpflichten des K[REDACTED] aus der Einstellung der

Zwangsvollstreckung eintreten zu wollen.

2. Die Bürgschaftserklärung als Antrag auf Abschluß eines Bürgschaftsvertrages verpflichtet die Beklagte jedoch nur dann, wenn sie den Klägern oder ihrem Prozeßbevollmächtigten zugegangen und angenommen worden ist, wobei die Annahme mit Rücksicht auf § 151 Satz 1 BGB nicht ausdrücklich erklärt zu werden brauchte. Es bedarf hier keiner abschließenden Auseinandersetzung mit der Auffassung, bei der Prozeßbürgschaft sei eine Annahme deshalb nicht zu verlangen, weil es sonst der sicherungsberechtigte Gläubiger in der Hand habe, die Bürgschaft abzulehnen, um weiter vollstrecken zu können. Auch insoweit handelt es sich um Erwägungen, die die von der materiellrechtlichen Wirksamkeit der Bürgschaft zu unterscheidende Frage betreffen, unter welchen Voraussetzungen der sicherungspflichtige Schuldner die Einstellung der Zwangsvollstreckung erreichen kann. Nach richtiger Auffassung genügt dazu allerdings bereits der in der Form des § 775 Nr. 3 ZPO erbrachte Nachweis, daß eine Bürgschaftserklärung beigebracht worden ist, die der gerichtlichen Anordnung nach § 713 Abs. 2 ZPO entspricht. Die Ablehnung des Bürgschaftsvertrages kann daher die Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht hindern, wenn eine ordnungsgemäße Bürgschaftserklärung beigebracht worden ist (OLG Dresden SeuffArch 80, 109; Arons, LZ 1927, 1193; Breit, JRdsch 1926, 161).

a) Das Berufungsgericht hat festgestellt, dem Prozeßbevollmächtigten der Kläger sei zwar nicht die Urschrift der Bürgschaftserklärung zugegangen, jedoch sei ihm am 12. November 1958 eine Abschrift der Bürgschaftserklärung durch den Gerichtsvollzieher zugestellt worden. Diese Ausführungen werden von der Revision nicht angegriffen.

b) Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt, die Zustellung ersetze nach § 132 Abs. 1 Satz 1 BGB das nach

§ 130 BGB notwendige Zugehen der Bürgschaftserklärung. Daß die Einhaltung der nach § 132 Abs. 1 Satz 2 BGB, §§ 167 ff ZPO vorgeschriebenen Förmlichkeiten des Zustellungsverfahrens nicht nachgewiesen werden könne, sei unschädlich; denn im Rahmen des dem Gericht durch § 187 ZPO eingeräumten Ermessens sei, da der Zugang selbst sowie dessen Datum feststünden, die Zustellung als am 12. November 1958 bewirkt anzusehen.

Die Revision bekämpft diese Erwägungen ohne Erfolg.

aa) Es kann dahingestellt bleiben, ob in Fällen, in denen wie hier eine Schriftform der Bürgschaftserklärung nicht gesetzlich vorgeschrieben und von den Parteien auch nicht vereinbart ist, nicht schon die formlose Übermittlung einer einfachen Abschrift genügt. Auch wenn man bei solcher Fallgestaltung daran festhält, daß eine Willenserklärung grundsätzlich in der Form, in der sie abgegeben worden ist, bei Schriftlichkeit also in ihrer Verkörperung, d.h. in Urschrift dem ^{ZR}Empfänger zugehen muß (BGH Urt. v. 30. Mai 1962 - VIII/173/61 = LM BGB § 566 Nr. 7), ist der Bürgschaftsvertrag nach der zutreffenden rechtlichen Beurteilung des Berufungsgerichts zustandegekommen.

bb) Wird das Zugehen einer schriftlichen Willenserklärung nach § 132 Abs. 1 BGB durch eine vom Gerichtsvollzieher bewirkte Zustellung ersetzt, so genügt nach § 170 Abs. 1 ZPO die Übergabe einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks. Über die Zustellung ist eine Urkunde aufzunehmen (§§ 190, 191 ZPO).

Daß die hier zugestellte Abschrift beglaubigt war, ist nicht festgestellt. Eine Zustellungsurkunde ist nicht auffindbar.

cc) Die Revision bezweifelt zu Unrecht, daß § 187 ZPO auf Zustellungen nach § 132 Abs. 1 BGB anwendbar ist. § 132 Abs. 1 S. 2 BGB verweist ganz allgemein auf die Zustellungsvorschriften der ZPO. Die führenden Erläuterungswerke nehmen daher mit Recht von der Verweisung nur diejenigen Vorschriften aus, die wie die §§ 168, 174 bis 179, 192, 196 bis 202 ZPO eine Mitwirkung der Geschäftsstelle oder des Gerichts bei der Zustellung vorsehen, die den Gang eines gerichtlichen Verfahrens voraussetzen oder die Zustellung von Anwalt zu Anwalt regeln (Palandt, BGB 25. Aufl. § 132 Anm. 1; BGB RGRK 11. Aufl. § 132 Anm. 4; Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 132 Anm. 2; Staudinger, BGB 11. Aufl. § 132 Anm. 2 und 4).

Der Umstand, daß § 187 ZPO vom Prozeßbeteiligten spricht und in Satz 2 von Notfristen die Rede ist, kann entgegen der Auffassung der Revision seine Anwendung nicht ausschließen. Denn die §§ 167 ff ZPO regeln natürlich ihrem Zweck nach Zustellungen in einem gerichtlichen Verfahren. Die Verweisung des Gesetzgebers in § 132 Abs. 1 Satz 2 BGB zeigt aber gerade, daß ihre Anwendung in dem dort vorgesehenen Fall auch außerhalb des Prozesses stattfinden soll.

§ 187 ZPO liegt der Rechtsgedanke zugrunde, den an sich zweifelsfreien Zugang eines rechtserheblichen Schriftstücks nicht in jedem Falle an der Einhaltung von Förmlichkeiten scheitern zu lassen, die ihrerseits nicht Selbstzweck sind, sondern lediglich den Nachweis der Tatsache und des Zeitpunkts des Zuganges sicherstellen sollen. Dieser Gedanke verdient aber nicht nur in dem aus guten Gründen mit besonderen Förmlichkeiten ausgestatteten Gerichtsverfahren Beachtung, sondern erst recht im außerprozessualen Rechtsverkehr.

dd) Zu den nach § 187 ZPO heilbaren Mängeln gehört nicht nur, was auch die Revision nicht in Zweifel zieht, das Fehlen einer Zustellungsurkunde, sondern auch der Mangel

der in § 170 ZPO vorgeschriebenen Beglaubigung der zugestellten Abschrift (BGH Urt. v. 8. Oktober 1964 - III ZR 152/63 = NJW 1965, 104; ebenso Baumbach/Lauterbach, ZPO 29. Aufl. § 170 Anm. 2 B; Stein/Jonas, ZPO 19. Aufl. § 187 Anm. II 3 b; a.A. Wieczorek, ZPO § 187 Anm. A I b).

ee) Darauf, ob zusammen mit der Abschrift der Bürgschaftserklärung auch das Teilurteil vom 16. Oktober 1958 zugestellt worden ist, kommt es entgegen der Meinung der Revision nicht an. Unstreitig hat der Prozeßbevollmächtigte der Kläger den Inhalt der Bürgschaftsurkunde richtig verstanden, auch wenn ihm, was nicht festgestellt ist, das Teilurteil vom 16. Oktober 1958 nicht gleichzeitig mit der Abschrift der Bürgschaftsurkunde zugegangen sein sollte.

ff) Die Revision beanstandet ferner, das Berufungsgericht habe, selbst wenn § 187 ZPO auch bei einer Zustellung nach § 132 Abs. 1 BGB anwendbar sei, von der Vorschrift hier deshalb keinen Gebrauch machen dürfen, weil dadurch die Beklagte benachteiligt worden sei. Bei ordnungsgemäßer Zustellung wäre, so meint die Revision, die Zustellungsurkunde mit der im Besitz des K [REDACTED] bzw. seines Prozeßbevollmächtigten gebliebenen Originalurkunde verbunden oder auf diese Urkunde gesetzt worden (§ 190 Abs. 2 ZPO). Die Beklagte würde dann bei der Rückgabe der Urkunde nicht der von Knörzer durch Täuschung hervorgerufenen falschen Auffassung unterlegen sein, die Kläger hätten die Bürgschaftserklärung zurückgegeben und damit zum Ausdruck gebracht, daß die Beklagte aus der Bürgschaft entlassen sei. Vielmehr hätte die Beklagte erkannt, daß den Klägern eine Abschrift der Bürgschaftserklärung zugestellt worden sei. Damals sei K [REDACTED] noch nicht in Vermögensverfall gewesen. Sie würde also Gelegenheit gehabt haben, sich wegen einer etwaigen Inanspruchnahme aus der Bürgschaft bei K [REDACTED] zu sichern.

Ob das Gericht trotz Zustellungsmängeln nach § 187 ZPO

die Zustellung als bewirkt ansieht, unterliegt seinem Ermessen. Ermessensentscheidungen sind im Revisionsverfahren grundsätzlich nur in der Richtung nachprüfbar, ob das Berufungsgericht die Grenzen seines Ermessens verkannt hat. Ob bei Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes der Angriff der Revision überhaupt beachtlich ist, kann indessen dahinstehen. Denn ein Ermessensfehler liegt keinesfalls vor.

Die Zustellung nach § 132 Abs. 1 BGB sollte den Zugang der Willenserklärung der Beklagten, also im Ergebnis das Zustandekommen des Bürgschaftsvertrages sichern, dessen Abschluß auch die Beklagte wollte. Sie diene nicht der Sicherung der Beklagten gegen Täuschungshandlungen des Hauptschuldners K[REDACTED]. Durch die Versagung der Anerkennung der Zustellung würde einerseits die Beklagte gegen Schäden geschützt, die zu verhindern nicht der Zweck der Zustellung war, und andererseits würden die Kläger einen Schaden erleiden, den die Zustellung der Bürgschaftserklärung durch das Zustandekommen des Bürgschaftsvertrages gerade verhindern sollte.

III. Der Bürgschaftsvertrag ist danach zustande gekommen.

1. Zur Höhe der Klagansprüche hat das Berufungsgericht ausgeführt, die Beklagte müsse für alle seit dem 16. Oktober 1958, an dem das die Sicherheitsleistung anordnende Teilurteil ergangen ist, durch die Vorenthaltung der Räume den Klägern entstandenen Schäden eintreten. Nach dem Gutachten des Sachverständigen Dr. Erich F[REDACTED] betrage der bis 31. Dezember 1958 entstandene Schaden 16 250 DM, wovon die Klägerin zu 1 8 125 DM, die Kläger zu 2 und 3 je 4 062,50 DM zu beanspruchen hätten.

2. Die Revision, die die Anspruchsberechnung als solche nicht angreift, ist der Auffassung, daß die Kläger von der

Beklagten höchstens ein Einstehen für die ab 12. November 1958, dem Zeitpunkt des Zugangs der Bürgschaftserklärung, entstandenen Schäden verlangen könnten. Die Auslegung des Bürgschaftsvertrages durch das Berufungsgericht enthält jedoch keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Beklagten.

Die Frage, wofür eine bestellte Sicherheit haftet, kann nur nach den jeweils in Betracht kommenden Umständen entschieden werden. Dabei kommt es wesentlich auf den Zweck der Sicherheitsleistung an (RGZ 141, 194, 196). Zur Einstellung der Zwangsvollstreckung kann nur eine Bürgschaft führen, die inhaltlich der gerichtlichen Anordnung entspricht, die hier auf Grund des § 713 Abs. 2 ZPO ergangen ist. Deshalb schadet dem sicherungsberechtigten Gläubiger auch nur die Ablehnung einer Bürgschaftserklärung, die sich im Rahmen der gerichtlichen Anordnung hält. Entspricht, wie hier unstreitig ist, die Bürgschaft der gerichtlichen Anordnung, so kann dieser der Umfang der Sicherung entnommen werden.

Hier bezweckte die nach § 713 Abs. 2 ZPO getroffene Anordnung des Landgerichts die Sicherung der Kläger gegen den durch einen Räumungsaufschub etwa entstehenden Schaden. Rechtlich einwandfrei hat das Berufungsgericht erwogen, es sei dabei nicht entscheidend auf den Tag der Bürgschaftserklärung, sondern auf den Tag der gerichtlichen Anordnung der Sicherheitsleistung abzustellen. Wird die Zwangsvollstreckung aus einem Räumungsurteil eingestellt, so bleibt dem Gläubiger der Besitz der von ihm beanspruchten Räume nicht nur vom Zeitpunkt der Erteilung der Bürgschaftserklärung oder ihrer Annahme oder gar erst vom Zeitpunkt der Einstellung der Zwangsvollstreckung an versagt. Vielmehr bleibt ihm der Besitz überhaupt, und zwar gerade mit Rücksicht auf und ursächlich bedingt durch den gerichtlichen Nachlaß der Sicherheitsleistung zum Zwecke der Einstellung der Zwangsvollstreckung vorenthalten. Im Ergebnis werden ihm auch die, wie hier, bereits eingeleiteten Vollstreckungsmaßnahmen rückwirkend

aus der Hand geschlagen. Deshalb, und weil schon die Anordnung nach § 713 Abs. 2 ZPO allein geeignet ist, den Gläubiger von Vollstreckungsmaßnahmen abzuhalten, drängt sich die Auslegung des Berufungsgerichts auf, die Bürgschaft diene der Sicherung aller seit dem Teilurteil vom 16. Oktober 1958 durch die Vorenthaltung des Besitzes der Räume entstandenen Schadensersatzansprüche. Darauf, wann die Kläger die Vollstreckung hätten durchführen können, wenn die Abwendungsbefugnis durch Sicherheitsleistung nicht angeordnet worden wäre, kann es nicht ankommen. Denn das würde darauf hinauslaufen, den Klägern den Nachweis aufzubürden, wann ihre Zwangsvollstreckung zur Befriedigung geführt hätte, wenn das Vollstreckungsverfahren nicht eingestellt worden wäre. Damit würde man, wie schon das Reichsgericht zutreffend ausgeführt hat (RGZ 141, 197), den Bedürfnissen des praktischen Lebens nicht gerecht, weil sich dieser Nachweis schwer oder gar nicht führen läßt.

Ob der Zeitpunkt der Anordnung der Vollstreckungsabwendungsbefugnis das frühestmögliche Datum für den Beginn der Haftung der Bürgen ist, bedarf hier keiner Entscheidung, weil die Kläger das Berufungsurteil nicht angefochten haben.

IV. Die Revision erweist sich somit in der Hauptsache als unbegründet. Jedoch war die Kostenentscheidung abzuändern. Das Berufungsgericht hat nicht berücksichtigt, daß die Kläger vor dem Landgericht Zahlung von 22 000 DM verlangt haben und dementsprechend in erster Instanz mit einem entsprechenden höheren Anteil unterlegen sind. Außerdem war die Kostenhaftung der Kläger gemäß § 100 Abs. 1 ZPO nach Kopfteilen auszusprechen. Die Entscheidung über die Kosten der Revision beruht auf § 92 Abs. 2 ZPO.

Dr.Haidinger Dr.Gelhaar Dr.Mezger Mormann Braxmaier