

50

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

BGB § 283 Abs. 1

Gegen einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung einer rechtskräftigen Verurteilung zur Herausgabe einer Sache ist die Aufrechnung nicht ausgeschlossen.

BGB §§ 765, 768; ZPO §§ 108, 936, 924 Abs. 3

- a) Durch die Übernahme einer Prozeßbürgschaft anerkennt der Bürge regelmäßig den Ausgang des anhängigen Rechtsstreits, in dem er sich verbürgt hat, als für sich verbindlich.
- b) Zur Auslegung einer Prozeßbürgschaft im Verfahren wegen einstweiliger Verfügung.

BGH, Urt. v. 19. März 1975 - VIII ZR 250/73 - OLG Oldenburg
LG Oldenburg

30

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 250/73

URTEIL

Verkündet am
19. März 1975
Scheibl,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns Klaus Gerd H. in O. str.,
2. der B. L. bank in O., M.,
B. Pl. gesetzlich vertreten durch
den aus den Herren G. W., Dr. H. B.,
dasselbst, sowie Dr. J.D. N., F. S. und
Dr. R. E. in B. bestehenden Vorstand,

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

den Kaufmann E. S., Inhaber der Maschinen-
fabrik E. S. in L./, H. str.,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. März 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Hoffmann, Wolf und Merz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 10. Oktober 1973 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte zu 1 bezog im Rahmen einer laufenden Geschäftsverbindung beim Kläger Straßendeckenfertiger, die der Kläger in seiner Maschinenfabrik herstellte und die der Beklagte ihm zum Zwecke der Weiterveräußerung abkaufte. Ende des Jahres 1970 lieferte der Kläger dem Beklagten zu 1 u.a. die Straßendeckenfertiger des Typs H 10 000 mit den Nummern 3 087, 3 089 und 3 090 für einen Kaufpreis von insgesamt 263 577,28 DM. Als der Beklagte zu 1 diese und andere Maschinen nicht mehr bezahlte, weil der Kläger ihm die Vereinbarungen über die Zusammenarbeit aufgekündigt

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

hatte, und als er deswegen Schadensersatzansprüche erhob, mit denen er gegen die Kaufpreisforderung des Klägers aufrechnete, setzte ihm der Kläger eine Nachfrist zur Bezahlung der 263 577,28 DM mit der Androhung, vom Vertrage zurückzutreten. Da der Beklagte zu 1 auch weiterhin keine Zahlung leistete, trat der Kläger vom Kaufvertrag zurück.

Am 6. Januar 1971 erwirkte der Kläger gegen den Beklagten zu 1 eine einstweilige Verfügung des Landgerichts Oldenburg, mit der dem Beklagten zu 1 aufgegeben wurde, die drei vorgenannten Straßendeckenfertiger an einen Sequester herauszugeben. Nachdem die einstweilige Verfügung vollzogen worden war, ordnete das Landgericht Oldenburg auf Antrag des Beklagten zu 1 am 11./12. Januar 1971 ihre Aussetzung und die Rückgabe der Maschinen an den Beklagten zu 1 gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 263 577,28 DM an, wobei dem Beklagten zu 1 gestattet wurde, die Sicherheit auch durch eine selbstschuldnerische Bürgschaft der Beklagten zu 2 zu erbringen. Am 12. Januar 1971 leistete die Beklagte zu 2 eine entsprechende Bürgschaft, die dem Kläger am selben Tage zugestellt wurde, woraufhin der Sequester die Maschinen an den Beklagten zu 1 herausgab.

Über den vom Beklagten zu 1 gegen die einstweilige Verfügung des Landgerichts eingelegten Widerspruch ist nicht entschieden worden, weil auf den übereinstimmenden Antrag des Klägers und des Beklagten zu 1 das Ruhen des Verfügungsverfahrens angeordnet wurde. Aufgrund der zur Hauptsache erhobenen Klage verurteilte das Landgericht

Oldenburg den Beklagten zu 1 durch Teilurteil vom 16. Juni 1971 u.a., die drei Straßendeckenfertiger nebst allem Zubehör Zug um Zug gegen den Verzicht des Klägers auf die Rechte aus der Bürgschaftserklärung der Beklagten zu 2 an den Kläger herauszugeben. Dieses Urteil ist rechtskräftig geworden. Bei einem Vollstreckungsversuch am 25. November 1971 fand der Gerichtsvollzieher die Straßendeckenfertiger jedoch nicht mehr vor, da der Beklagte zu 1 sie, wie sich erst später herausstellte, bereits am 13. Januar 1971 an den Kaufmann G. in die Schweiz veräußert hatte. Mit Schreiben seines Prozeßbevollmächtigten vom 3. Januar 1972 setzte der Kläger dem Beklagten zu 1 zur Herausgabe der Maschinen Zug um Zug gegen Abgabe der Verzichtserklärung eine Frist bis zum 12. Januar 1972 unter der gleichzeitigen Androhung, daß er nach dem Ablauf dieser Frist die Annahme ablehnen und Schadensersatz verlangen werde.

Mit der Klage beansprucht der Kläger vom Beklagten zu 1 Schadensersatz in Höhe des Kaufpreises, während er die Beklagte zu 2 in gleicher Höhe aus ihrer Bürgschaft vom 12. Januar 1971 in Anspruch nimmt.

Das Landgericht hat die zunächst im Urkundenverfahren erhobene Klage als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abgewiesen, weil es den vom Kläger verlangten Beweis, in welcher Höhe ihm ein Schaden entstanden sei, mit den im Urkundenprozeß zulässigen Beweismitteln als nicht vollständig geführt ansah.

Auf die Berufung des Klägers, mit der dieser vom Urkundenprozeß Abstand nahm und seinen Anspruch im

ordentlichen Verfahren weiterverfolgte, gab das Oberlandesgericht der Klage bis auf einen geringfügigen Teil des Zinsanspruchs statt, wobei es jedoch dem Kläger die Kosten der Berufungsinstanz auferlegte.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, erstreben die Beklagten weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

I. Keinem Bedenken begegnet es, daß das Berufungsgericht den erst in der Berufungsinstanz erklärten Übergang des Klägers vom Urkundenprozeß zum ordentlichen Verfahren in entsprechender Anwendung des § 264 ZPO wegen Sachdienlichkeit zugelassen hat, mit der Wirkung, daß der Rechtsstreit in der zweiten Instanz im ordentlichen Verfahren anhängig geworden ist (vgl. BGH Urt. v. 25. Februar 1959 - V ZR 139/59 = BGHZ 29, 337, 338 f; v. 31. Mai 1965 - VII ZR 114/63 = NJW 1965, 1599). Dies wird von der Revision auch nicht in Frage gestellt.

II. Zur Haftung des Beklagten zu 1:

1. Mit Recht hält das Berufungsgericht den Beklagten zu 1 gemäß § 283 BGB für verpflichtet, dem Kläger Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Herausgabeanspruchs

zu leisten. Dieser Anspruch ist spätestens dadurch entstanden, daß der Beklagte zu 1 die drei Maschinen trotz rechtskräftiger Verurteilung nicht bis zum Ablauf der ihm vom Kläger hierfür gesetzten Frist am 12. Januar 1972 herausgab.

Allerdings ist zugunsten der Beklagten für die Revisionsinstanz ebenso wie in dem angefochtenen Urteil zu unterstellen, daß die Fristsetzung des Klägers im Schreiben vom 3. Januar 1972 dem Beklagten zu 1 erst am 10. Januar 1972 zugegangen ist, so daß dem Beklagten zu 1 nur noch eine Frist von 2 Tagen verblieb. Dies ist jedoch unschädlich, weil der Beklagte zu 1 un-
streitig ohnehin nicht zur Herausgabe der Maschinen imstande war. Ob unter diesen Umständen nicht eine Fristsetzung überhaupt entbehrlich war, wie das Berufungsgericht vor allem mit Rücksicht auf den vergeblichen Vollstreckungsversuch vom 25. November 1971 meint (vgl. hierzu RGZ 109, 234/236), bedarf hier deshalb keiner Entscheidung.

2. Zur Schadenshöhe stellt das angefochtene Urteil fest, der Kläger hätte nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme die drei Straßendeckenfertiger sowohl im November 1971 als auch noch danach mindestens für einen Preis, der seiner jetzigen Schadensersatzforderung entspreche, verkaufen können, wenn der Beklagte zu 1 sie ihm gemäß dem Herausgabeurteil zurückgegeben hätte. Gegen diese Feststellung wendet sich die Revision vergeblich.

a) Daß das Berufungsgericht die Zeugen Stöckler und Gurtner nicht vernommen hat, begründet entgegen der Ansicht der Revision keinen Verfahrensverstoß (§ 286 ZPO). Auf die Vernehmung dieser beiden Zeugen haben die Beklagten in der letzten mündlichen Verhandlung wirksam verzichtet.

Allerdings hatten die Beklagten auf Erfordern des Gerichts zunächst für beide Zeugen Auslagenvorschüsse eingezahlt, weil sie zum Termin am 19. September 1973 geladen werden sollten. Als dann jedoch beide Zeugen sich außerstande erklärten, zu diesem Termin zu erscheinen, und nachdem das Berufungsgericht die Parteien darauf hingewiesen hatte, daß der Verhandlungstermin dennoch bestehen bleibe, erklärten die Beklagten mit ihrem am 17. September 1973 beim Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz vom gleichen Tage, ihrer Ansicht nach sei der Rechtsstreit zur Entscheidung reif; weiter setzten sie sich mit dem bisherigen Beweisergebnis auseinander unter Auswertung der ihnen vom Berufungsgericht zur Stellungnahme zugeleiteten schriftlichen Aussage des Zeugen G., die sie sich hierbei zueigen machten. Auf dieser Grundlage verhandelten die Beklagten sodann im Termin vom 19. September 1973 ohne Vorbehalt zur Sache. Hierin lag ihr Einverständnis mit der urkundenbeweislichen Verwertung der schriftlichen - im Hinblick auf § 377 Abs. 3 und 4 ZPO nicht verwertbaren- Aussage des Zeugen G. unter Verzicht auf die Vernehmung dieses Zeugen wie auch des zum gleichen Beweisthema benannten Zeugen Stöckler. So hat das Berufungsgericht, das sich daraufhin in dem angefochtenen Urteil mit der schriftlichen Aussage des Zeugen G. im einzelnen auseinandergesetzt

hat, die Beklagten offenbar auch verstanden.

b) Die weiteren im Zusammenhang mit der Feststellung der Schadenshöhe durch das Berufungsgericht erhobenen Rügen von Verfahrensmängeln hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet (Art. 4 BGHEntlG).

3. Hingegen beruhen die Gründe, mit denen das Berufungsgericht die vom Beklagten zu 1 gegenüber der Klageforderung erklärte Aufrechnung mit angeblichen Gegenansprüchen zurückgewiesen hat, auf einem Verfahrensfehler, der zur Aufhebung des angefochtenen Urteils nötigt.

Die Beklagten haben in der Berufungsinstanz vorgetragen, sie rechneten gegen einen evtl. Schadensersatzanspruch des Klägers mit den in dem gleichzeitig beim Berufungsgericht anhängigen Verfahren 2 U 86/72 eingeklagten Schadensersatzansprüchen des Beklagten zu 1 auf, wie sie auf Seite 14 des Urteils des Landgerichts Oldenburg vom 5. April 1972 aufgliedert worden seien. Das Berufungsgericht hat diese Aufrechnung deshalb als unzulässig angesehen, weil insoweit durch das rechtskräftig gewordene Teilurteil des Landgerichts Oldenburg vom 16. Juni 1971 bereits entschieden sei, daß eine Aufrechnungsbefugnis des Beklagten zu 1 gegenüber dem Anspruch des Klägers auf Herausgabe der drei Fertiger nicht bestehe. Diese rechtskräftig aberkannte Befugnis lebe nicht etwa dadurch wieder auf, daß der Beklagte zu 1 dem Urteilsspruch keine Folge geleistet habe und

nunmehr nach § 283 BGB Schadensersatz leisten müsse. Über seine Leistungspflicht sei rechtskräftig entschieden und das Nichtbewirken dieser Leistung verpflichte ihn zum Schadensersatz.

Diese Begründung beruht, wie die Revision zu Recht rügt, auf unrichtiger Anwendung allgemeiner Rechtskraftgrundsätze (§§ 322 Abs. 1, 767 Abs. 2 ZPO) wie auch des § 283 BGB.

a) Die Rechtskraft des Herausgabeurteils schließt die Aufrechnung schon deshalb nicht aus, weil der Beklagte gegenüber dem Herausgabeanspruch überhaupt noch nicht aufrechnen konnte; denn die für eine Aufrechnung notwendige Gleichartigkeit der geschuldeten Leistungen zwischen dem Herausgabeanspruch des Klägers und dem behaupteten Schadensersatzanspruch des Beklagten zu 1 war nicht gegeben (§ 387 BGB, § 767 Abs. 2 ZPO).

b) Auch § 283 BGB hindert den Beklagten zu 1 nicht an der Aufrechnung.

Selbst wenn § 283 BGB eine Rechtskrafterstreckung bewirkte, ließe es sich jedenfalls nicht rechtfertigen, den Beklagten zu 1 aus Gründen der Rechtskraft auch mit solchen Einwendungen auszuschließen, die er - wie hier den Aufrechnungseinwand - im Vorprozeß noch gar nicht geltend machen konnte (vgl. Schlegelberger/Vogels/Weitnauer BGB § 283 Rdnr. 4).

Allerdings kann es im Einzelfall dem Zweck des Schadensersatzanspruchs, einen vollwertigen Schadens-

ersatz zu gewähren, widersprechen, wenn Einwendungen, die gegenüber dem Leistungsanspruch nicht geltend gemacht werden könnten, gegenüber dem Schadensersatzanspruch zugelassen werden. Inwieweit der Schuldner aus diesem Grund mit Einwendungen gegen den Schadensersatzanspruch nach § 283 BGB ausgeschlossen ist, ist jedoch eine Frage des Schadensausgleichs; sie beurteilt sich deshalb nach § 249 BGB. Da die Aufrechnung indes vom Gesetz nicht als eine Reduzierung der Leistung, sondern, insbesondere auch gegenüber Schadensersatzansprüchen (z.B. aus fahrlässig begangener unerlaubter Handlung, vgl. § 393 BGB), als vollwertiges Erfüllungssurrogat angesehen wird, widerspricht sie auch nicht dem Schadensersatzzweck.

c) Der Senat ist nicht dazu in der Lage, ohne Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht über den Aufrechnungseinwand anderweitig zu entscheiden (§ 563 ZPO).

Es bedarf weiterer Feststellungen des Tatrichters zu der Frage, ob die Aufrechnung nicht deshalb unbeachtlich ist, weil sie gegen Treu und Glauben verstößt. Sollte die Aufrechnung des Beklagten zu 1 gegenüber dem Kaufpreisanspruch des Klägers für die drei Straßendeckenfertiger nämlich durch eine nachträglich getroffene Vereinbarung stillschweigend ausgeschlossen worden sein, wie es das Landgericht in den Gründen des Herausgabeurteils annimmt, dann wäre auch die Aufrechnung gegenüber dem Schadensersatzanspruch hier unzulässig. Das folgt zwar nicht schon daraus, daß

sich der Beklagte zu 1 die Herausgabe vorsätzlich unmöglich gemacht hat, weil auch mit Schadensersatzansprüchen aus vorsätzlicher Forderungsverletzung aufgerechnet werden kann, sofern nicht zugleich der Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt ist (vgl. § 393 BGB; Palandt/Heinrichs BGB 34. Aufl. § 393 Anm. 1). Gleichwohl ist es anerkannt, daß unter besonderen Umständen die Geltendmachung der Aufrechnung gegen Treu und Glauben verstoßen und damit unzulässig sein kann (vgl. RG JW 1939, 355; Senatsurteil vom 21. April 1971 - VIII ZR 233/69 = WM 1971, 824/826 1.Sp.).

Solche besonderen Umstände können hier vorliegen. Dadurch, daß der Beklagte zu 1 die Maschinen weiterveräußert hat, hat er dem Kläger trotz seines Rücktritts praktisch die Durchführung des Kaufvertrags aufgenötigt, indem er die Rückgabe der Straßendeckenfertiger vereitelt und den Kläger auf eine Schadensersatzforderung in Höhe des Kaufpreises verwiesen hat. Diese Lage hat er sogar vorsätzlich selbst herbeigeführt. Daher kann das Verhalten des Beklagten zu 1 gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er ein für den Kaufpreis vereinbartes Aufrechnungsverbot lediglich unter Berufung auf den Rücktritt des Klägers vom Kaufvertrag nicht auch gegenüber dem betragsgleichen Schadensersatzanspruch gelten lassen will. Die Berufung auf die Aufrechnung kann sich unter solchen Umständen als eine unzulässige Rechtsausübung darstellen. Hierbei wird auch zu berücksichtigen sein, daß nach dem insoweit bindenden Herausgabeurteil der Beklagte zu 1 schon mit dem gegenüber dem Herausgabeanspruch geltend gemachten Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen war.

Hiernach hängt die Zulässigkeit der Aufrechnung davon ab, ob der Kläger und der Beklagte zu 1 für den Kaufpreisanspruch ein Aufrechnungsverbot vereinbart haben. Da das Urteil des Landgerichts vom 16. Juni 1971 insoweit jedoch keine Rechtskraftwirkung schafft und da das Berufungsurteil offen läßt, ob und inwieweit die Parteien den vom Landgericht im Urteil vom 16. Juni 1971 zugrunde gelegten Sachverhalt im vorliegenden Rechtsstreit vortragen wollten, kann der Senat die Frage nicht abschließend entscheiden.

4. Entgegen der Ansicht der Revision steht dem Beklagten zu 1 das von den Beklagten hilfsweise geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht nicht zu.

Die Beklagten machen insoweit einen Gegenanspruch des Beklagten zu 1 auf Auskunftserteilung geltend, den sie darauf stützen, daß der Kläger vereinbarungswidrig die Herstellung und den Vertrieb von Straßendeckenfertigern nach dem Abbruch der Geschäftsbeziehungen zum Beklagten zu 1 fortgesetzt habe. Ob - wie das Berufungsgericht annimmt - ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Klaganspruch hieraus nicht hergeleitet werden kann, weil es an dem nach § 273 BGB erforderlichen rechtlichen Zusammenhang zwischen dem Klageanspruch und dem Auskunftsanspruch fehlt, mag allerdings zweifelhaft sein, weil beide Ansprüche aus der laufenden Geschäftsbeziehung des Klägers zu dem Beklagten zu 1 hergeleitet werden. Doch bedarf diese Frage keiner Entscheidung. Der Beklagte zu 1 ist jedenfalls nach § 249 BGB nicht berechtigt, das geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht auszuüben.

Nach dieser Vorschrift hat der Beklagte zu 1 den Kläger wirtschaftlich so zu stellen, wie dieser stehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Dann aber hätte der Kläger die drei Straßendeckenfertiger anderweitig veräußern können, weil der Beklagte - wie durch das Herausgabeurteil rechtskräftig feststeht - gegenüber dem Herausgabeanspruch des Klägers kein Zurückbehaltungsrecht hatte. Die geschuldete Schadensersatzleistung duldet daher auch keine Schmälerung dadurch, daß der Beklagte zu 1 sie bis zur Erfüllung des streitigen Gegenanspruchs zurückhält.

III. Zur Haftung der Beklagten zu 2:

1. Die Haftung der Beklagten zu 2 hängt wie diejenige des Beklagten zu 1 von der Entscheidung über den Aufrechnungseinwand ab, da die Beklagte zu 2 sich als Bürge auf die vom Beklagten zu 1 erklärte Aufrechnung gemäß § 768 BGB ebenfalls berufen kann. Aus diesem Grund kann das angefochtene Urteil auch ihr gegenüber keinen Bestand haben.

2. Im übrigen aber läßt die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte zu 2 als Bürge ebenso wie der Beklagte zu 1 dem Kläger zum Schadensersatz verpflichtet ist, keinen Rechtsfehler erkennen.

a) Die Revision bestreitet, daß überhaupt schon der Bürgschaftsfall eingetreten sei. Sie meint, da die Beklagte sich nur zur Sicherheitsleistung in dem noch nicht abgeschlossenen Verfahren auf Erlaß einer

einstweiligen Verfügung verbürgt habe, müsse zunächst dieses Verfahren zum Abschluß gebracht werden, bevor feststehe, ob die Sicherheit vom Kläger in Anspruch genommen werden dürfe.

Das Berufungsgericht hat die Bürgschaftserklärung dahin ausgelegt, daß die Beklagte zu 2 für die dem Kläger infolge der Aussetzung der Vollziehung entstandenen Ansprüche haftet. Da es sich bei der Bürgschaftserklärung der Beklagten zu 2 um eine häufig wiederkehrende Prozeßbürgschaft mit typischem Erklärungsinhalt handelt, unterliegt ihre Auslegung der uneingeschränkten Nachprüfung des Revisionsgerichts. Der Senat hält die Auslegung des Berufungsgerichts für zutreffend.

Wofür der Prozeßbürge haftet, hängt wesentlich davon ab, zu welchem Zweck die Prozeßbürgschaft bestellt wurde (vgl. RGZ 141, 194/196; Senatsurteil vom 25. Januar 1967 - VIII ZR 173/64 = NJW 1967, 823).

Hier sollte der Beklagte zu 1 Sicherheit dafür leisten, daß durch die Rückgabe der sequestrierten Maschinen nicht der Herausgabeanspruch des Klägers vereitelt wurde. Diesem Zweck diene bereits die Anordnung der Sequestration, an deren Stelle die Prozeßbürgschaft der Beklagten zu 2 treten sollte (§ 935 ZPO). Diese Zwecksetzung hat sich auch die Beklagte zu 2 durch ihre Bezugnahme auf den die Vollziehungsaussetzung gegen Sicherheitsleistung anordnenden Beschluß des Landgerichts in der

Bürgschaftsurkunde zu eigen gemacht. Der Zweck der Bürgschaft bestand demnach in der Sicherung des Klägers gegen einen durch die Rückgabe der Maschinen vom Sequester an den Beklagten zu 1 entstehenden Schaden. Für solche Schadensersatzansprüche des Klägers gegen den Beklagten zu 1 hat sich die Beklagte zu 2 verbürgt.

Da sich der Beklagte zu 1 die nach dem rechtskräftigen Teilurteil vom 16. Juni 1971 geschuldete Herausgabe der Straßendeckenfertiger nach Rückerhalt der Maschinen vom Sequester unmöglich gemacht hat, so daß er dem Kläger schadensersatzpflichtig geworden ist, ist der Bürgschaftsfall eingetreten. Gemäß § 765 BGB haftet die Beklagte zu 2 dem Kläger ohne weiteres für die Erfüllung des Schadensersatzanspruchs, wobei sie auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Es ist unerheblich, daß das Verfahren, in welchem die einstweilige Verfügung ergangen war, nicht zu Ende geführt wurde; denn dem Kläger ist der Hauptsacheanspruch auf Herausgabe der Maschinen mittlerweile rechtskräftig zuerkannt worden und die Beklagten können das Vorliegen eines Verfügungsgrundes zur Zeit der Bürgschaftsgestellung selbst nicht bestreiten.

b) Entgegen der Ansicht der Revision kann die Beklagte zu 2 auch nicht geltend machen, daß der Beklagte zu 1 nicht zur Herausgabe der Maschinen verpflichtet gewesen sei, weil für sie insoweit ebenfalls das rechtskräftige Herausgabeurteil gegen den Beklagten zu 1 maßgebend ist.

Grundsätzlich bewirkt das den Hauptschuldner verurteilende Urteil - anders als die Abweisung der Klage - allerdings keine Rechtskraft gegenüber dem Bürgen (vgl. BGH Urt. v. 16. November 1951 - V ZR 17/51 = BGHZ 3, 385/390; Senatsurteil vom 10. Februar 1971 - VIII ZR 144/69 = WM 1971, 614). Etwas anderes hat jedoch für den Fall der Prozeßbürgschaft zu gelten.

Zwar gehört auch der Prozeßbürge nicht zu den Parteien des Rechtsstreits oder zu denjenigen Personen, auf die sich nach dem Gesetz die Rechtskraft des zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner ergangenen Urteils erstreckt. Durch die Übernahme der Prozeßbürgschaft anerkennt der Bürge jedoch regelmäßig den Ausgang des anhängigen Rechtsstreits, in welchem er sich verbürgt, als auch für sich verbindlich (vgl. auch Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 325 Anm. VI 3 b zum Fall der für eine rechtskräftig festgestellte Schuld übernommenen Bürgschaft). Zu dieser Auslegung nötigt schon der Umstand, daß der Sicherungszweck der Prozeßbürgschaft nicht erreicht werden würde, wenn dem Bürgen erst der Streit verkündet werden müßte, um der Gefahr zu begegnen, daß der Prozeß ihm gegenüber wiederholt werden muß.

Da die Beklagte zu 2 hier eine Sicherheit nicht nur für die spätere Vollstreckbarkeit der einstweiligen Verfügung, sondern vor allem für die Realisierbarkeit des Herausgabeanspruchs - falls er dem Kläger zuerkannt werden würde - leistete, ist sie aufgrund ihres gemäß diesem Sicherungszweck auszulegenden

Bürgschaftsversprechens auch an das im Hauptprozeß ergangene rechtskräftige Herausgabeurteil gebunden. Sie hat insoweit auf alle Einreden und Einwendungen verzichtet, mit denen der Beklagte zu 1 durch die Rechtskraft des Herausgabeurteils ausgeschlossen ist.

c) Zu Unrecht beanstandet die Revision schließlich, das Berufungsgericht habe bei der Schadensberechnung nicht auf den für die Verpflichtung der Beklagten zu 2 maßgebenden Zustand der drei Straßendeckenfertiger im Zeitpunkt der Rückgabe an den Beklagten zu 1 abgestellt. Daß die Straßendeckenfertiger am 12. Januar 1971, als sie dem Beklagten vom Sequester zurückgegeben wurden, sich in einem anderen Zustand befunden haben, als zur Zeit der erst Ende 1970 erfolgten Lieferung, behauptet die Beklagte zu 2 selbst nicht. Das Berufungsgericht konnte daher von einem unveränderten Zustand der Maschinen ausgehen.

IV. Das angefochtene Urteil war demnach nur aus den Gründen zu II 3 und III 1 aufzuheben und der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Da die Entscheidung über die Kosten der Revision von der Entscheidung zur Hauptsache abhängt, war auch sie dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Haidinger

Claßen

Hoffmann

Wolf

Merz