

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 774

- a) Die in Bürgschaftsformularen der Sparkassen verwendete Klausel, daß Zahlungen eines Bürgen nur als Sicherheit gelten, bis alle Ansprüche der Sparkasse gegen den Hauptschuldner befriedigt sind, schließt den Ausgleich unter Mitbürgen nach §§ 774 Abs. 2, 426 BGB nicht aus.
- b) Zahlt der danach ausgleichspflichtige Mitbürge, so erlangt er für den Fall, daß die Sparkasse wegen ihrer Forderungen gegen den Hauptschuldner befriedigt wird und deshalb die Bürgschaftssumme an den anderen ausgleichsberechtigten Mitbürgen auskehrt, einen durch den Eintritt dieser Umstände aufschiebend bedingten Anspruch auf Rückgewähr des geleisteten Ausgleichsbetrages.
- c) Gibt die Sparkasse jedoch zu erkennen, daß sie sich aus der gezahlten Bürgschaftssumme befriedigt hat, die Leistung des Bürgen also nicht mehr als Sicherheit betrachtet, so gehen nach § 774 Abs. 1 BGB der Anspruch gegen den Hauptschuldner und nach §§ 412, 401 BGB die Forderung gegen den Mitbürgen in der durch §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 Satz 1 BGB bestimmten Höhe über.

(Im Anschluß an BGHZ 92, 374).

BGH, Urt. v. 23. Oktober 1986 - IX ZR 203/85 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 203/85

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
23. Oktober 1986
Thiesies
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Prof. Dr. Dr. h.c. Hermann M. G [REDACTED],
R [REDACTED] weg [REDACTED], B [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

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

g e g e n

Heinrich D [REDACTED],
K [REDACTED] Str. [REDACTED], Ki [REDACTED],

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den
Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Zorn, Fuchs,
Gärtner und Winter

am 23. Oktober 1986
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart
vom 11. Juni 1985 aufgehoben, soweit es zu seinem
Nachteil erkannt hat.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Tatbestand

Aufgrund der Vermittlung des Klägers gewährte die
Stadtsparkasse S. [REDACTED] durch Vertrag vom 20. August 1979
Ellen P. [REDACTED], vertreten durch den Beklagten, ihren
Generalbevollmächtigten, der sich damals Peter Bu. [REDACTED] nannte
und als englischer Rechtsanwalt ausgab, einen Kredit in
laufender Rechnung (Girokonto Nr. [REDACTED] 7) bis zu 140.000 DM.
Auf Bitten der Schuldnerin erhöhte die Sparkasse am 16.
November 1979 den Kredit auf 200.000 DM. Der Beklagte über-
sandte der Sparkasse einen von ihm am 18. Dezember 1979
unterzeichneten "Bürgschein". Darin verpflichtet er sich,



"unabhängig von anderen bestehenden oder künftigen Bürgschaften als Alleinbürge für alle Forderungen zu haften, welche die Stadtparkasse S [REDACTED] an Frau Ellen P [REDACTED] [REDACTED] ... aus dem Kreditvertrag Konto Nr. [REDACTED] 7 vom 20. August 1979 zur Zeit bereits besitzt oder in Zukunft erlangen wird, gleichgültig, auf welchem rechtlichen Grund sie beruhen mögen ..., und zwar bis zum Höchstbetrag von 300.000 DM. ..."

Als der Kredit nochmals um 50.000 DM aufgestockt wurde, ging am 3. Januar 1980 bei der Sparkasse ein vom Kläger unterzeichnetes Bürgschaftsformular der Sparkasse ein. Darin verbürgte er sich als Selbstschuldner bis zum Betrage von 50.000 DM zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Ansprüche der Sparkasse gegen Ellen P [REDACTED] aus ihrer Geschäftsverbindung (insbesondere aus lfd. Rechnung, Krediten ...). In der Urkunde heißt es weiter:

"...

3. Die Bürgschaft erstreckt sich auch auf etwaige bei Fälligkeit nicht gezahlte Zinsen, Provisionen und Kosten der Bürgschaftssumme, selbst wenn die vorstehend erwähnte Bürgschaftssumme überschritten wird. Dies gilt auch, falls die Zinsen, Provisionen und Kosten durch Saldierung zur Hauptsache geworden sind

5. Mehrere Bürgen, die sich in dieser Urkunde verpflichten, haften als Gesamtschuldner. Bestehen für die Ansprüche der Sparkasse gegen den Hauptschuldner außerhalb dieser Urkunde noch weitere Bürgschaften oder werden solche künftig übernommen, so werden die Bürgen aus dieser Urkunde durch Leistungen der weiteren Bürgen nicht frei. Im Ver-

hältnis zu den weiteren Bürgen haften die Bürgen aus dieser Urkunde, insoweit in Abweichung von § 769 BGB, für den vollen Betrag ihrer Bürgschaft.

...

7. Falls der Bürge Zahlungen leistet, gehen die Rechte der Sparkasse dann auf ihn über, wenn die Sparkasse wegen aller ihrer Ansprüche gegen den Hauptschuldner volle Befriedigung erlangt hat. Bis dahin gelten die Zahlungen nur als Sicherheit"

In der Folgezeit wurde der Kredit bis 800.000 DM ausgedehnt. Er wurde nur zum Teil durch die Verwertung von Grundpfandrechten getilgt. Die Hauptschuldnerin ist aus Darlehen, der Beklagte aus seiner Bürgschaft zur Zahlung von 205.669,11 DM nebst Zinsen verurteilt. Beide leisteten nichts. Die Hauptschuldnerin ist vermögenslos. Der Kläger zahlte auf die Anforderung der Sparkasse vom 21. Mai 1982 seine Bürgschaftsschuld einschließlich Zinsen und Kosten von 74.166,66 DM.

Er verlangt vom Beklagten diesen Betrag nebst Zinsen als Schadensersatz wegen Betrugs, aus einer Vereinbarung, daß ihn der Beklagte freistellen werde, und als Ausgleich nach §§ 774, 426 BGB.

Nachdem ein Teilanerkenntnisurteil gegen die Hauptschuldnerin Ellen P. [REDACTED] in der beantragten Höhe ergangen war, verurteilte das Landgericht den Beklagten, 74.166,66 DM nebst 4 % Zinsen seit Zustellung der Klage am 1. März 1984 zu zahlen. Auf die Berufung des Beklagten wies das Oberlandesgericht die Klage gegen ihn ab. Mit der

Revision beantragt der Kläger, das Urteil des Landgerichts wiederherzustellen. Der Beklagte bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hält die vom Kläger behauptete Vereinbarung, nach der ihn der Beklagte von etwaigen Ansprüchen der Sparkasse zu befreien habe, nicht für bewiesen. Die Parteivernehmung des Beklagten im ersten Rechtszug habe dafür nichts erbracht. Der Beklagte habe bekundet, er habe den Kläger nicht zur Übernahme der Bürgschaft aufgefordert. Weitere Beweise habe der Kläger nicht angeboten und zur Vereinbarung auch keine näheren Umstände vorgetragen. Mangels genügender Anhaltspunkte könne deshalb nicht eine konkludent getroffene Vereinbarung des vom Kläger behaupteten Inhalts angenommen werden, selbst wenn der Kläger sich verbürgt habe, um dem Beklagten als künftigen Geschäftspartner gefällig zu sein.

Der Kläger könne auch nicht vom Beklagten als Mitbürger gemäß §§ 774, 412, 401, 769, 426 BGB die Hälfte der geleisteten Zahlungen ersetzt verlangen. Ein derartiger An-

spruch scheitere selbst dann, wenn man eine Mitbürgschaft der Parteien bejahe, an Nr. 7 Satz 1 und 2 des vom Kläger mit der Sparkasse geschlossenen Bürgschaftsvertrags. Gegen diese Regelung bestünden nach § 9 AGBG keine Bedenken. Da die Sparkasse wegen ihrer verbürgten Ansprüche gegen die Hauptschuldnerin nicht voll befriedigt sei, gälten die Zahlungen des Klägers nicht als Erfüllung der Bürgschaftsschuld, sondern nur als Sicherheit. Deshalb sei die Bürgschaftsforderung der Sparkasse gegen den Beklagten nicht nach § 774 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB in Höhe der Ausgleichsforderung gemäß § 426 BGB auf den Kläger übergegangen, aber auch der Ausgleichsanspruch unter den Bürgen nach §§ 769, 426 BGB noch nicht entstanden. § 426 Abs. 2 BGB setze nämlich voraus, daß ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedige, also mit Erfüllungswirkung leiste.

II.

Gegen die letztgenannten Ausführungen wendet sich die Revision mit Recht.

1. Das Berufungsgericht hat die Nr. 5 des vom Kläger unterzeichneten Bürgschaftsformulars nicht ausgelegt. Das kann der Senat nachholen, weil es sich um ein überregional verwendetes Vertragsmuster handelt (Senatsurt. v. 11. Juli 1985 - IX ZR 11/85, WM 1985, 1035). Nach der Regelung in Nr. 5 jener Erklärung sollen nur die Bürgen, die sich in derselben Urkunde verpflichtet haben, als Gesamtschuldner haften. Bestehen außerhalb dieser Urkunde noch weitere

Bürgschaften, so wird der Bürge, hier der Kläger, durch Leistungen der weiteren Bürgen nicht frei; er haftet vielmehr in Abweichung von § 769 BGB weiter für den vollen Betrag der Bürgschaft. Danach ist eine gesamtschuldnerische Bindung jedenfalls insoweit abbedungen, als nach § 422 Abs. 1 BGB die Erfüllung, Leistung an Erfüllung Statt und Aufrechnung durch einen der Bürgen für die übrigen Bürgen wirken würde. Selbst wenn damit das Entstehen einer Gesamtschuldnerschaft unter mehreren Bürgen, hier den Parteien, ausgeschlossen wäre, würde dieser Ausschluß nur im Verhältnis des Bürgen zur Gläubigerin gelten. Ein Ausgleich unter den Mitbürgen wird dadurch in der Regel nicht berührt (BGHZ 88, 185). Daß die Parteien eines Bürgschaftsvertrags die Ausgleichsregelung der §§ 769, 774, 426 BGB abbedungen haben, kann nur angenommen werden, wenn die Auslegung ergibt, daß sie einem Bürgen lediglich das Risiko des Ausfalls des oder der anderen Bürgen aufgebürdet haben. Hier ist das nicht der Fall. In Nr. 5 der vom Kläger unterzeichneten Bürgschaftsurkunde ist nur das Außenverhältnis der Sparkasse zum Kläger als Bürgen geregelt; ein Ausgleich unter den beiden Mitbürgen, den Parteien, sollte nicht ausgeschlossen werden. Er ist insbesondere nicht zugunsten des Beklagten eingeschränkt. Durch den Ausschluß des § 422 BGB im Verhältnis zur Sparkasse wurde mithin weder der Übergang der Forderung der Sparkasse gegen die Hauptschuldnerin mitsamt den der Sicherung der Forderung dienenden Bürgschaften (§§ 774 Abs. 1, 412, 401 BGB) noch der sich nach §§ 774 Abs. 2, 426 BGB richtende Ausgleich unter Mitbürgen abbedungen.

2. Auch die in Nr. 7 der Bürgschaftsurkunde des Klägers vereinbarte Klausel, daß Zahlungen des Bürgen bis zur vollen Befriedigung der Sparkasse wegen aller ihrer Forderungen gegen die Hauptschuldnerin nur als Sicherheit gelten und bis dahin keine Rechte der Sparkasse auf den Bürgen übergehen, läßt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts den Ausgleich unter den Mitbürgen, der sich nach §§ 774 Abs. 2, 426 BGB richtet, letztlich unberührt:

a) Eine gleichlautende, vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes formularmäßig vereinbarte Klausel hat der Inhaltskontrolle durch den erkennenden Senat für den Fall standgehalten, daß die Höchstbetragsbürgschaft, wie hier die des Klägers, sämtliche Forderungen der Sparkasse gegen die Hauptschuldnerin sichert (BGHZ 92, 374). Auch die Inhaltskontrolle der Formularbürgschaft vom 3. Januar 1980 nach den Vorschriften des AGB-Gesetzes führt zum gleichen Ergebnis (BGH, Urt. v. 7. November 1985 - IX ZR 40/85, ZIP 1986, 85 = WM 1986, 95).

b) Nach dem Wortlaut der Nr. 7 der Bürgschaftserklärung des Klägers ist, wie das Berufungsgericht richtig sieht, durch die Zahlung der 74.166,66 DM die Bürgschaftsschuld des Klägers jedenfalls zunächst nicht erloschen, sondern nur Sicherheit geleistet worden. Mithin sind die Ansprüche der Sparkasse gegen die Hauptschuldnerin Ellen P. [REDACTED] nicht gemäß § 774 Abs. 1 BGB und deshalb auch nicht nach §§ 412, 401 BGB die die Hauptforderung sichernde Bürgschaft des Beklagten auf den Kläger übergegangen. Zweck der in Nr. 7 des Bürgschaftsvertrags vereinbarten Regelung ist es, den Schutz zu erweitern, den § 774 Abs. 1 Satz 2 BGB vor und

§ 68 KO nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Hauptschuldners gewähren (vgl. dazu BGHZ 92, 374, 378 ff mit Nachweisen). Diese eindeutige Zweckbestimmung rechtfertigt die auch mit dem Wortlaut der Klausel zu vereinbarende Auslegung, daß ähnlich wie beim Ausschluß der Gesamtschuldnerschaft des § 769 BGB in aller Regel nur das Außenverhältnis der Sparkasse zum Bürgen betroffen ist, aber das Verhältnis des Bürgen zu anderen Bürgen, gleichgültig ob diese sich vor oder nach ihm verbürgt haben, nicht berührt wird. Eine Ausnahme von dieser Regel kann nur dann angenommen werden, wenn sich aus dem Bürgschaftsvertrag eindeutig ergibt, daß dieser Bürge über den Ausschluß der §§ 769 und 774 Abs. 1 BGB hinaus vor anderen Bürgen haften solle, also keinen Rückgriff nehmen dürfe.

Für das Vorliegen einer solchen Ausnahme fehlt hier jeder Anhalt. Ein Ausgleich unter Mitbürgen ist nicht ausdrücklich abbedungen. Insbesondere kann der Vertrag nicht dahin verstanden werden, daß die Sparkasse mit dem Kläger dessen vorrangige Haftung zugunsten des Beklagten vereinbaren wollte. Die Bürgschaftsurkunden und auch der Vortrag der Parteien ergeben dafür nichts.

Danach hat die Vereinbarung in Nr. 7 des Bürgschaftsvertrags zugunsten der Gläubigerin, der Sparkasse, zwar zunächst einen Übergang ihrer Forderung gegen die Hauptschuldnerin mitsamt der der Sicherung dieser Forderung dienenden Bürgschaft des Beklagten auf den Kläger verhindert, weil die verbürgte Hauptschuld nicht vollständig getilgt ist. Der Ausgleich unter den beiden Mitbürgen, der sich nach §§ 774 Abs. 2, 426 BGB richtet, ist dagegen nicht ausgeschlossen.

3. § 774 Abs. 2 BGB schränkt nicht nur den Übergang der die übergegangene Hauptforderung sichernden Bürgschaften nach Maßgabe des § 426 BGB ein. Ein selbständiger Ausgleichsanspruch nach § 774 Abs. 2 BGB besteht auch dann, wenn der verbürgte Anspruch mangels Erfüllung der Bürgschaft noch nicht auf den Bürgen übergegangen ist. Der selbständige Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB entsteht nicht erst mit der Befriedigung des Gläubigers, sondern zugleich mit der Entstehung des Gesamtschuldverhältnisses. Jeder mithaftende Gesamtschuldner kann daher schon vor seiner eigenen Leistung an den Gläubiger von den anderen Gesamtschuldnern verlangen, daß sie ihren Anteilen entsprechend an der Befriedigung des Gläubigers mitwirken und dadurch so handeln, daß es später nicht mehr zu einem Ausgleich im Wege des Rückgriffs gemäß § 426 Abs. 2 BGB zu kommen braucht. Nimmt der Gläubiger wegen seiner fälligen Forderungen einen der Gesamtschuldner in Anspruch, so kann dieser von den Mitschuldnern verlangen, ihn von der Verbindlichkeit in der Höhe zu befreien, die der jeweiligen internen Ausgleichspflicht entspricht (BGH, Urt. v. 7. November 1985 - III ZR 142/84 m. N., WM 1986, 170 = NJW 1986, 978). Ein solcher Befreiungsanspruch besteht auch, wenn und soweit Mitbürgen gemäß §§ 774 Abs. 2, 426 BGB haften (Senatsurt. v. 15. Mai 1986 - IX ZR 96/85 m.w.N., ZIP 1986, 970). Das gilt selbst dann, wenn die Gesamtschuldnerschaft der Mitbürgen (§ 769 BGB) wie hier allein im Interesse der Bürgschaftsgläubigerin ausgeschlossen ist.

Danach konnte der Kläger vor seiner Zahlung an die Sparkasse am 21. Mai 1982 einen Anspruch auf Befreiung nach Maßgabe des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB gegen den Beklagten

erlangt haben. Welche Rechtsfolgen die Zahlung der vollen Bürgschaftsschuld durch den Kläger und die Nichterfüllung der Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten für die Ausgleichung unter den Parteien haben, hat das Berufungsgericht mithin zu Unrecht nicht geprüft.

a) Hat die Sparkasse zu erkennen gegeben, daß sie sich aus der gezahlten Bürgschaftssumme wegen ihrer Bürgschaftsforderung befriedigt hat, die Leistung des Klägers also nicht mehr als Sicherheit betrachtet, steht die in Nr. 7 des Bürgschaftsvertrags mit dem Kläger vereinbarte Klausel einem Übergang des Anspruchs gegen die Hauptschuldnerin nach § 774 Abs. 1 BGB und der Bürgschaftsforderung gegen den Beklagten nach §§ 412, 401 BGB in der durch §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 Satz 1 BGB bestimmten Höhe nicht mehr entgegen. Das Berufungsgericht hat zu der Frage der Befriedigung der Sparkasse keine Feststellungen getroffen, obwohl angesichts der Mittellosigkeit der Hauptschuldnerin die Annahme einer Befriedigung aus der vom Kläger geleisteten Sicherheit nicht fernliegt. Deshalb und weil, wie noch darzulegen sein wird, eine Verpflichtung des Beklagten zum vollen Ausgleich nicht auszuschließen ist, muß das angefochtene Urteil in seinem ganzen den Kläger benachteiligenden Umfang aufgehoben werden.

b) Selbst wenn die Sparkasse sich aus der vom Kläger geleisteten Sicherheit von 74.166,66 DM nicht befriedigt hat, also den Anspruch gegen die Hauptschuldnerin weiter in einer Höhe beizutreiben versucht, die die Zahlung des Klägers nicht berücksichtigt, kann diesem ein Anspruch auf eine Ausgleichszahlung gegen den Beklagten zustehen:

Da die Mitbürgen trotz des Ausschlusses einer Gesamtschuldnerschaft nach dem im Innenverhältnis nicht abbedungenen § 774 Abs. 2 BGB einander gemäß § 426 BGB zum Ausgleich verpflichtet sind, muß nach Zahlung der Bürgschaftssumme durch einen Mitbürgen, nachdem also ein Anspruch nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Befreiung von der ganzen oder von einem Teil der gemeinsamen Bürgschaftsschuld nicht mehr erfüllt werden kann, anstelle des untergegangenen Befreiungsanspruchs der Anspruch auf Zahlung des Betrages treten, von dessen Leistung ein Mitbürge den anderen Mitbürgen, der tatsächlich geleistet hat, hätte freistellen müssen. Dementsprechend ordnen §§ 774 Abs. 2 und 426 Abs. 2 Satz 1 BGB an, daß die Forderung des Bürgschaftsgläubigers gegen den die Leistung verweigernden Mitbürgen ohne weitere Voraussetzungen auf den anderen, den zahlenden Mitbürgen übergeht, soweit dieser Ausgleich verlangen kann. Das bedeutet hier, daß der ausgleichsberechtigte Mitbürge befugt ist, die Zahlung des Ausgleichsbetrags zu fordern, diesen aber lediglich als Sicherheitsleistung entgegennehmen darf, solange auch die Sparkasse die erfolgte Zahlung des ausgleichsberechtigten Bürgen nicht als Erfüllung angenommen hat. Zahlt mithin der ausgleichspflichtige Mitbürge den auszugleichenden Betrag, so erlangt er für den Fall, daß die Bürgschaftsgläubigerin wegen ihrer Forderungen gegen die Hauptschuldnerin befriedigt wird und deshalb die Bürgschaftssumme an den anderen Mitbürgen, der an sie geleistet hat, auskehrt (vgl. BGHZ 92, 374), einen durch den Eintritt dieser Umstände aufschiebend bedingten Anspruch auf Rückgewähr des geleisteten Ausgleichsbetrags. Für den Eintritt dieser Bedingung, der den Ausgleichsanspruch des Klägers erlöschen ließe, fehlt hier jeder Anhalt. Die Hauptschuldnerin hat ihr

gesamtes Vermögen verloren und lebt von Sozialhilfe. Danach ist ein Anspruch auf vollen Ausgleich in Höhe der Klagesumme nicht ausgeschlossen.

aa) Das Berufungsgericht hält allerdings nicht für erwiesen, daß der Beklagte dem Kläger eine Freistellung von dessen Bürgschaftsschuld zugesagt habe. Der Beklagte hat bei seiner Vernehmung eine solche Zusage verneint. Die Angriffe der Revision gegen die Würdigung dieses Beweisergebnisses durch den Tatrichter bleiben erfolglos. Aus den von der Revision angeführten unstreitigen und unterstellten Umständen muß nicht auf eine Abrede der Parteien zugunsten des Klägers geschlossen werden.

bb) Das Berufungsgericht hat aber nicht erkannt, daß sich aus der Natur der Sache, aus dem tatsächlichen Ablauf der Dinge, also auch ohne Abrede der Parteien, ein Anspruch des Klägers auf vollen Ausgleich ergeben kann (Senatsurteile v. 3. November 1983 - IX ZR 104/82, NJW 1984, 795; v. 10. November 1983 - IX ZR 34/82, ZIP 1984, 38 = NJW 1984, 482; v. 15. Mai 1986 aaO, jeweils m. N.). Eine Prüfung dieser Anspruchsgrundlage war hier geboten. Unstreitig war die Hauptschuldnerin mit dem Beklagten, ihrem Generalbevollmächtigten, privat eng verbunden. Das Berufungsgericht unterstellt bei der Ablehnung eines Anspruchs aus unerlaubter Handlung, daß die der Hauptschuldnerin von der Sparkasse gewährten Kredite letztlich dem Beklagten für seine Finanzgeschäfte zugeflossen sind, wofür in der Tat einiges spricht. Danach ist es möglich, daß der Beklagte die ihm als Generalbevollmächtigten der Hauptschuldnerin zugesagten Darlehen als ihr Vertreter in Empfang genommen und für sich verwen-

det, die Hauptschuldnerin mithin, wie die Revision meint, nur als "Strohfrau" fungiert hat. Die tatrichterliche Würdigung dieses außergewöhnlichen Geschehensablaufs kann zu dem Schluß führen, daß der Beklagte, der, obwohl Bürge, die Darlehen vereinnahmt hat, dem anderen Bürgen vollen Ausgleich schuldet.

Für den Fall, daß das Berufungsgericht einen Ausgleich auf dieser rechtlichen Grundlage verneinen sollte, wird es zu prüfen haben, ob aus der unterschiedlichen Höhe der Bürgschaften eine entsprechende Verteilung des von den Bürgen zu tragenden Risikos und daraus ein Maßstab für die Ausgleichspflicht hergeleitet werden können (vgl. Weitzel, JZ 1985, 824); dazu ist es erforderlich, die Höhe der Hauptschuld im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ohne Berücksichtigung der Leistungen der Bürgen festzustellen.

4. Die danach gebotene Zurückverweisung gibt dem Kläger Gelegenheit, auch seine dem Revisionsgericht nur vorsorglich unterbreiteten Einwände gegen die Ablehnung einer Haftung des Beklagten aus unerlaubter Handlung dem Tatrichter darzulegen, von der sich dieser bisher nicht hat überzeugen können.

Merz

Zorn

Fuchs

Gärtner

Winter