

BUNDESGERICHTSHOF

18

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 31/86

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:

4. Juni 1987

Schnurr

Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

Klaus A [REDACTED], F [REDACTED], B [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Brigitte Z [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED], B [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

WII

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juni 1987 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Henkel, Fuchs, Gärtner und Winter

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Kammergerichts vom 10. Januar 1986 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger verlangt von der Beklagten im Wege des Mitbürgenausgleichs teilweise Erstattung von Beträgen, die er an die B. V. W. e.G. B. (im folgenden: Gläubigerin) gezahlt hat.

Die Gläubigerin gewährte dem - inzwischen geschiedenen - Ehemann der Beklagten (im folgenden: Hauptschuldner) im Jahre 1975 einen Kredit von 15.000 DM. Aus diesem Anlaß unterzeichnete die Beklagte auf einem Formular der Gläubigerin am 29. August 1975 eine Erklärung, daß sie

die unbeschränkte und unbefristete selbstschuldnerische Bürgschaft "zur Sicherung aller gegenwärtigen und zukünftigen - auch bedingten und befristeten - Ansprüche aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung, insbesondere aus laufender Rechnung, Darlehen, Wechseln, Abtretungen oder Bürgschaften sowie aus von Dritten erworbenen Wechseln und Forderungen" der Gläubigerin gegen den Hauptschuldner übernehme. Im formularmäßigen Bürgschaftstext heißt es unter anderem:

"Bestehen für die Ansprüche der Bank gegen den Hauptschuldner außerhalb dieser Urkunde noch andere Bürgschaften, so haftet ... der Bürge ... aus dieser Urkunde unabhängig von den anderen Bürgschaften - insoweit in Abweichung von § 769 BGB - für den vollen Betrag seiner ... Bürgschaft (Nebenbürgschaft)."

Der Kredit von 15.000 DM wurde bis Februar 1978 zurückbezahlt. Im selben Jahre erwarb der Hauptschuldner, der früher an einer Pachttankstelle beteiligt gewesen war, eine Kraftfahrzeugwerkstatt. Dazu gewährte ihm die Gläubigerin im Oktober 1978 einen Betriebsmittelkredit von 20.000 DM sowie ein Annuitätendarlehen von 70.000 DM. Aus diesem Anlaß übernahm der Kläger, ein Bruder des Hauptschuldners, am 3. Oktober 1978 gegenüber der Gläubigerin die selbstschuldnerische Bürgschaft bis zum Höchstbetrag von 90.000 DM zuzüglich Zinsen, Provisionen und Kosten. Eine weitere selbstschuldnerische Bürgschaft bis zum Höchstbetrage von 6.000 DM zuzüglich Zinsen, Provisionen und Kosten unterzeichnete der Kläger am 4. Januar 1979, als die Gläubigerin gegenüber einem Lieferanten des Hauptschuldners im Rahmen



eines Avalkreditvertrages ihrerseits eine Bürgschaft von 6.000 DM übernahm. Schließlich gab der Kläger der Gläubigerin eine dritte Höchstbetragsbürgschaft über 25.000 DM zuzüglich Zinsen, Provisionen und Kosten am 2. Juni 1980 im Zusammenhang mit einer Krediterhöhung zugunsten des Hauptschuldners. Nach dem vorgedruckten Text dieser Bürgschaftserklärungen, die ebenfalls auf Formularen der Gläubigerin abgegeben wurden, dienten auch sie "zur Sicherung aller gegenwärtigen und zukünftigen - auch bedingten und befristeten - Ansprüche aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung (z.B. aus laufender Rechnung, Darlehen, Wechseln oder Bürgschaften) und der Ansprüche aus von Dritten erworbenen Wechseln und Forderungen" der Gläubigerin gegen den Hauptschuldner. Auch in diesen Bürgschaftsformularen ist bestimmt:

"Bestehen für die Ansprüche der Bank gegen den Hauptschuldner außerhalb dieser Urkunde noch andere Bürgschaften, so haftet jeder Bürge unabhängig von den anderen Bürgschaften - insoweit abweichend von § 769 BGB - aus dieser Urkunde für den vollen Betrag seiner Bürgschaft (Nebenbürgschaft)."

Im Juli 1981 kündigte die Gläubigerin dem Hauptschuldner sämtliche Kredite. Auf ihre Aufforderung zahlte der Kläger an sie im September 1981 insgesamt 130.540,02 DM. Er erwirkte gegen den Hauptschuldner mehrere Urteile auf Erstattung dieses Betrages; die Zwangsvollstreckung daraus verlief jedoch nach seiner Darstellung fruchtlos.

Mit der vorliegenden Klage verlangt er von der Beklagten im Wege des Mitbürgenausgleichs die Hälfte des an die Gläubigerin gezahlten Betrages, das sind 65.270 DM, zuzüglich Prozeßzinsen Zug um Zug gegen Abtretung seiner Ansprüche gegen den Hauptschuldner in Höhe dieses Betrages. Das Landgericht gab der Klage statt, das Oberlandesgericht wies sie ab.

Mit der Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht verneint einen Ausgleichsanspruch des Klägers gegen die Beklagte aus § 774 Abs. 2 i.V.m. § 426 BGB, weil sich die Beklagte für die Kreditverbindlichkeiten, für die der Kläger von der Gläubigerin in Anspruch genommen worden sei, nicht verbürgt habe. Die Bürgschaft der Beklagten habe nur den im Jahre 1975 aufgenommenen Kredit von 15.000 DM gesichert, nicht dagegen die späteren Kredite. Die Beklagte habe ihre Bürgschaftserklärung im Zusammenhang mit dem ersten Kredit abgegeben. Die Aufnahme weiterer Kredite oder die spätere Erhöhung des aufgenommenen Kredits sei damals nicht erwogen worden. Die Beklagte habe deshalb davon ausgehen dürfen, das Haftungsrisiko nur für diesen einen Kredit zu übernehmen. Nach dem Formulartext ihrer Erklärung vom 29. August 1975 habe sich zwar ihre Bürgschaft

auch auf alle künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung mit der Gläubigerin erstreckt, also auch auf die erst später von dem Hauptschuldner aufgenommenen Kredite. Diese Formularbestimmung sei jedoch als überraschende und die Bürgen unangemessen benachteiligende Klausel nach den Grundsätzen über die richterliche Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen unwirksam.

II.

Diese Erwägungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Als Grundlage des von dem Kläger geltend gemachten Ausgleichsanspruchs kommt nach Lage des Falles nur § 774 Abs. 2 i.V.m. § 426 BGB in Betracht. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß dem Kläger ein Ausgleichsanspruch nach diesen Vorschriften nur zustehen kann, wenn die Parteien Mitbürgen sind. Wie sich aus § 769 BGB ergibt, liegt eine Mitbürgschaft vor, wenn mehrere sich für dieselbe Verbindlichkeit verbürgt haben. Der Kläger haftete im Rahmen der vereinbarten Höchstbeträge aufgrund seiner Bürgschaftserklärungen vom 3. Oktober 1978, 4. Januar 1979 und 2. Juni 1980 für die Kredite, die die Gläubigerin dem Hauptschuldner seit Oktober 1978 gewährt hatte. Nach dem Wortlaut ihrer Bürgschaftserklärung vom 29. August 1975 kann sich die Bürgschaft der Beklagten auf dieselben Verbindlichkeiten des Hauptschuldners erstrecken haben; denn nach dem formularmäßigen Bürgschaftstext diente die Bürgschaft der Beklagten

nicht nur zur Sicherung des Darlehens von 15.000 DM, das die Gläubigerin dem Hauptschuldner im Jahre 1975 gewährt hatte und das unstreitig zurückgezahlt worden ist, sondern zur Sicherung aller gegenwärtigen und zukünftigen Ansprüche der Gläubigerin aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung mit dem Hauptschuldner. Hat die Beklagte diese weite Sicherungsklausel wirksam mit der Gläubigerin vereinbart und sind die seit Oktober 1978 ausgereichten Kredite im Rahmen derselben Geschäftsverbindung gewährt worden wie der Kredit von 1975, haben sich mithin beide Parteien für dieselben Verbindlichkeiten des Hauptschuldners verbürgt. In ihrem Verhältnis zueinander sind sie dann Mitbürgen.

Daran ändert der Umstand nichts, daß nach dem formularmäßigen Inhalt der von beiden Parteien abgegebenen Bürgschaftserklärungen die nach § 769 BGB für Mitbürgen angeordnete gesamtschuldnerische Haftung vertraglich abbedungen war. Diese Vertragsklausel regelt nur das Verhältnis zwischen der Gläubigerin und dem jeweiligen Bürgen; sie läßt jedoch den Ausgleich unter Mitbürgen nach § 774 Abs. 2 BGB unberührt (BGHZ 88, 185, 188 ff; ständig).

2. Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen nicht seine Auffassung, daß die formularmäßige Festlegung des Bürgschaftsumfangs in der Bürgschaftserklärung der Beklagten vom 29. August 1975 der richterlichen Inhaltskontrolle nicht standhalte und daher unwirksam sei.

a) Zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, daß der formularmäßige Inhalt der Bürgschaftserklärung der Beklagten nicht den Vorschriften des AGB-Gesetzes unterliegt. Dieses

Gesetz ist, von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen, am 1. April 1977 in Kraft getreten (§ 30 AGBG). Nach seinem § 28 Abs. 1 gilt es grundsätzlich nicht für Verträge, die vor seinem Inkrafttreten geschlossen worden sind; einer der in § 28 Abs. 2 AGBG umschriebenen Ausnahmefälle liegt hier nicht vor. Für die Formularklauseln des schon 1975 von der Beklagten abgeschlossenen Bürgschaftsvertrages kommt daher eine richterliche Inhaltskontrolle nur nach den Grundsätzen in Betracht, die die Rechtsprechung aufgrund des § 242 BGB schon vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes für Allgemeine Geschäftsbedingungen und Formularverträge entwickelt hatte (vgl. dazu BGHZ 60, 377, 380 m.w.N.; 63, 238, 239). Danach ist einseitig aufgestellten Klauseln die Anerkennung zu versagen, wenn sie den im dispositiven Recht enthaltenen, ausgewogenen Ausgleich widerstreitender Interessen der Vertragspartner verdrängen, ohne dem Kunden in anderer Weise einen angemessenen Schutz zu sichern. Ebenso können Klauseln keinen rechtlichen Bestand haben, deren Einfügung in die Vertragsbeziehungen für den Kunden eine Überraschung bedeuten muß, wie es insbesondere dann der Fall ist, wenn der Inhalt auf eine dem Leitbild des gewählten Vertragstyps grob widersprechende Regelung hinausläuft. Allgemeine Geschäftsbedingungen sowie Formularklauseln sind demgemäß unwirksam, soweit in ihnen von den gesetzlichen Vertragstypen abweichende Regelungen getroffen werden, in denen die mißbräuchliche Verfolgung einseitiger Interessen auf Kosten des möglichen Geschäftspartners zum Ausdruck kommt und die daher bei Abwägung der Interessen der Billigkeit widersprechen.

b) Diese Voraussetzungen sind jedenfalls nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht erfüllt.

aa) Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts ist die formularmäßige Bestimmung über den Umfang der Bürgschaftshaftung der Beklagten nicht inhaltlich unangemessen. Das hat der Senat bereits zu § 9 AGBG entschieden (Urt. v. 6. Dezember 1984 - IX ZR 115/83, ZIP 1985, 267, 268; vom 7. November 1985 - IX ZR 40/85, ZIP 1986, 85, 87). Dasselbe gilt, soweit sich die richterliche Inhaltskontrolle nicht nach den §§ 9 ff AGBG, sondern nach den von der Rechtsprechung vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes dazu entwickelten Grundsätzen richtet.

Die Übernahme einer unbeschränkten Bürgschaft für alle gegenwärtigen und zukünftigen Ansprüche des Hauptschuldners aus einer bestimmten bankmäßigen Geschäftsverbindung ist gemäß § 765 Abs. 2 BGB rechtlich möglich. Der im Bürgschaftsformular umschriebene Umfang der Hauptverpflichtung der Beklagten weicht mithin nicht von den Vorschriften des dispositiven Rechts ab und ist schon deshalb der richterlichen Kontrolle auf seine inhaltliche Angemessenheit entzogen.

bb) Die Erwägungen des Berufungsgerichts tragen auch nicht den rechtlichen Schluß, die Formularklausel sei über- raschend und deshalb unwirksam.

Der Fassung der Bürgschaftsurkunde wohnt ein Über- rumpelungseffekt nicht inne. Schon in der Überschrift wird drucktechnisch hervorgehoben, daß es sich um eine unbe-

schränkte Bürgschaft handelt. Die Bestimmung über den Bürgschaftsumfang befindet sich gleich am Anfang des nicht besonders umfangreichen Formulartextes und muß daher auch ohne besondere drucktechnische Hervorhebung einem durchschnittlich aufmerksamen Bürgen ins Auge fallen, sofern er - was von ihm erwartet werden muß - zumindest den Text seiner Bürgschaftserklärung überfliegt, bevor er sie unterschreibt.

Der Umstand, daß die Beklagte die Bürgschaftserklärung anlässlich der Gewährung eines Kredits von 15.000 DM an den Hauptschuldner übernahm, genügt für sich allein nicht, um die weite Bürgschaftsklausel als überraschend zu qualifizieren. Die Fassung der von der Beklagten unterzeichneten Urkunde entspricht ihrem Inhalt nach den von den Banken üblicherweise bei Gewährung eines Kredits im Rahmen laufender Geschäftsverbindung verlangten Bürgschaftserklärungen. Der Bürge, der für künftig entstehende Ansprüche der Bank aus einem Kontokorrentkredit eintreten soll, muß daher damit rechnen, daß von ihm eine solche Bürgschaftserklärung verlangt wird (vgl. Senatsurt. v. 6. Dezember 1984 und v. 7. November 1985 aaO).

Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, welcher Art der dem Hauptschuldner im Jahre 1975 gewährte Kredit war. Nach dem Vortrag des Klägers, der sich auf die Auskunft der Gläubigerin vom 29. Januar 1985 stützt, handelte es sich um einen Betriebsmittelkredit für die Pacht-tankstelle, an der der Hauptschuldner damals beteiligt war. Solche Betriebsmittelkredite werden üblicherweise in laufender Rechnung gewährt. Die künftige Höhe der Hauptschuld und

damit der Bürgschaftsverpflichtung wird dann erst jeweils durch die Rechnungsabschlüsse bestimmt. Für diese Art der Kreditgewährung ist die Klausel, daß der Bürge nicht nur für bereits bestehende, sondern auch für künftige Forderungen der Sparkasse oder Bank aus der Geschäftsverbindung mit dem Hauptschuldner einzustehen habe, weithin üblich und keineswegs überraschend. Nicht ausschlaggebend ist in diesem Zusammenhang, ob ein solcher in laufender Rechnung gewährter Betriebsmittelkredit zunächst auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist. Auch dann muß nämlich mit einer späteren Ausweitung der Kreditlinie gerechnet werden. Es kann für die Bank sogar geboten sein, eine Überschreitung der vereinbarten Kreditlinie zuzulassen (vgl. Senatsurt. v. 6. Dezember 1984 und v. 7. November 1985 aaO).

Ob eine andere Beurteilung geboten ist, wenn - wie die Beklagte behauptet - ein als Tilgungsdarlehen gewährter Privatkredit vorgelegen hat, kann offen bleiben. Denn von einem solchen Sachverhalt kann mangels einer Feststellung des Berufungsgerichts für das Revisionsverfahren nicht ausgegangen werden. Vielmehr ist hier die Behauptung des Klägers als richtig zu unterstellen, daß die Beklagte die Bürgschaft anläßlich der Gewährung eines Betriebsmittelkredits für ihren Ehemann übernommen hat.

3. Die Entscheidung des Berufungsgerichts ist auch nicht im Ergebnis aus anderen Gründen richtig.

a) Die Bürgschaftsverpflichtung der Beklagten beschränkte sich nach dem Wortlaut ihrer Erklärung auf Verbindlichkeiten des Hauptschuldners gegenüber der Gläubigerin aus der damals bestehenden bankmäßigen Geschäftsverbindung. Die Bürgschaft der Beklagten würde sich daher auf die seit Oktober 1978 neu gewährten Kredite nicht erstrecken, wenn diese - wie die Beklagte im Berufungsverfahren geltend gemacht hat - im Rahmen einer anderen Geschäftsverbindung gewährt worden wären als der 1975 ausgereichte Kredit. Das kann der Fall sein, wenn die Behauptung der Beklagten zutrifft, die mit der Kreditgewährung im Jahre 1975 begonnene Geschäftsverbindung sei mit der Rückzahlung des Kredits im Februar 1978 beendet gewesen; die seit Oktober 1978 aufgenommenen Kredite seien im Rahmen einer anderen Geschäftsverbindung, die im Zusammenhang mit der Übernahme einer Kraftfahrzeugwerkstatt durch den Hauptschuldner neu begründet worden sei, gewährt worden.

Auch dieser Vortrag kann indessen für das Revisionsverfahren nicht zugrunde gelegt werden, weil das Berufungsgericht keine entsprechenden Feststellungen getroffen hat. Nach der Behauptung des Klägers, die sich auf die Auskunft der Gläubigerin vom 29. Januar 1985 gründet, ist die 1975 angebahnte Geschäftsverbindung zwischen der Gläubigerin und dem Hauptschuldner durch die Rückzahlung des Kredits von 15.000 DM im Februar 1978 nicht beendet worden. Danach hatte die Gläubigerin dem Hauptschuldner vielmehr im Februar 1977 einen weiteren Betriebsmittelkredit von 15.000 DM gewährt, der durch die Abtretung der Rechte aus einer Lebensversicherung sowie eine Höchstbetragsbürgschaft eines weiteren Bürgen über 15.000 DM gesichert war. Dieser weitere Kredit

war noch nicht zurückgezahlt, als die Gläubigerin dem Hauptschuldner ab Oktober 1978 weitere Kreditmittel für seine Kraftfahrzeugwerkstatt zur Verfügung stellte. Nach dem Vortrag des Klägers, der für das Revisionsverfahren als richtig zu unterstellen ist, muß deshalb angenommen werden, daß eine durchgängige Geschäftsverbindung zwischen der Gläubigerin und dem Hauptschuldner vorlag, die erst durch die Kündigung aller Kredite am 16. Juli 1981 beendet wurde.

b) Die Bürgschaft der Beklagten würde sich auch dann nicht auf die seit Oktober 1978 gewährten Kredite erstrecken, wenn die Beklagte mit der Gläubigerin abweichend vom formularmäßigen Inhalt der Bürgschaftserklärung vereinbart hätte, die Bürgschaft solle nur für den im Jahre 1975 aufgenommenen Kredit von 15.000 DM gelten, oder wenn sich die Gläubigerin zumindest so behandeln lassen müßte, als sei eine solche Beschränkung des Bürgschaftsumfangs vereinbart worden.

aa) Die Beklagte hat in den Vorinstanzen vorgetragen, sie habe sich lediglich für den im Jahre 1975 gewährten Kredit von 15.000 DM verbürgen wollen; auch die Gläubigerin sei davon ausgegangen, daß sich die Bürgschaft der Beklagten nur auf diesen Kredit beziehe. Ob damit eine vom formularmäßigen Bürgschaftstext abweichende Willensübereinstimmung der Vertragspartner, die Vorrang vor dem Formulartext hätte, hinreichend dargelegt ist, erscheint zweifelhaft. Ein einseitiger Irrtum der Beklagten über den Umfang ihrer Bürgschaftsverpflichtung hätte ihr allenfalls ein Anfechtungsrecht nach § 119 BGB gegeben, das jedoch nicht unverzüglich ausgeübt worden ist. Die Frage kann indessen für das

Revisionsverfahren auf sich beruhen. Denn der Kläger hat einen vom Bürgschaftstext abweichenden übereinstimmenden Parteiwillen der Gläubigerin und der Beklagten, daß sich die Bürgschaftserklärung nur auf den 1975 gewährten Kredit von 15.000 DM erstrecken solle, bestritten, das Berufungsgericht zu diesem Punkt keine Feststellungen getroffen. Für das Revisionsverfahren muß daher der Vortrag des Klägers als richtig unterstellt werden.

bb) Die Beklagte hat im Berufungsrechtszug weiterhin unter Beweisantritt vorgetragen, daß ihr das Bürgschaftsformular in den Geschäftsräumen der Gläubigerin lediglich mit dem Hinweis auf den damals von ihrem Ehemann aufgenommenen Kredit zur Unterschrift vorgelegt worden sei. Danach könnte die Gläubigerin erkennbar durch ihr Verhalten einen Irrtum der Bürgin über den Umfang ihres Risikos veranlaßt haben mit der Folge, daß sie ausnahmsweise verpflichtet war, die Beklagte darauf hinzuweisen, sie übernehme mit der formularmäßigen Bürgschaftserklärung ein weitergehendes Haftungsrisiko. Es bedarf hier keiner Entscheidung, ob die Formularklausel über den Umfang der Bürgenhaftung bei diesem Sachverhalt als überraschend anzusehen wäre. Jedenfalls könnte dann die Gläubigerin wegen Verschuldens beim Vertragsschluß verpflichtet gewesen sein, die Bürgschaft für andere Kredite als das damals gewährte Darlehen nicht in Anspruch zu nehmen. Diesen Schadensersatzanspruch hätte die Beklagte als Einwendung gegen den Bürgschaftsanspruch der Gläubigerin entgegenhalten können. Dasselbe Recht stände ihr gegenüber einem etwaigen Ausgleichsanspruch des Klägers zu. Soweit der Bürgschaftsanspruch gegen die Beklagte nach

Befriedigung der Gläubigerin gemäß § 774 Abs. 2 i.V.m. den §§ 774 Abs. 1 Satz 1, 412, 401 Abs. 1, 426 Abs. 2 BGB auf den Kläger übergegangen wäre, folgt dies aus den §§ 412, 404 BGB. Ein Ausgleichsanspruch des Klägers aus eigenem Recht nach § 774 Abs. 2 i.V.m. § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB wäre in diesem Falle ebenfalls ausgeschlossen, weil die Beklagte der Gläubigerin nicht für die Kredite haftet hätte, für die der Kläger in Anspruch genommen worden ist. Die gesetzliche Ausgleichspflicht unter Mitbürgen nach § 774 Abs. 2 BGB beruht, wie sich aus § 769 BGB ableiten läßt, auf einer objektiven Zweckgemeinschaft unter den Mitbürgen, die sämtlich dem Gläubiger für dasselbe Leistungsinteresse eintreten müssen. Das Rechtsverhältnis unter den Mitbürgen, das sie verpflichtet, zur Befriedigung des Gläubigers beizutragen, ist also eine Folge gleicher Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger. Ist der Gläubiger wegen Verschuldens beim Vertragsschluß verpflichtet, einen der Mitbürgen nicht aus der Bürgschaft in Anspruch zu nehmen, so fehlt es an dieser gleichen Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger mit der Folge, daß der schadensersatzberechtigte Bürge auch gegenüber seinem Mitbürgen nicht verpflichtet ist, zur Befriedigung des Gläubigers beizutragen. Dann aber entfällt auch im Umfang des Schadensersatzanspruchs ein Ausgleichsanspruch des anderen Mitbürgen aus eigenem Recht.

Für das Revisionsverfahren kann indessen von dem Bestehen eines solchen Schadensersatzanspruchs der Beklagten wegen Verschuldens beim Vertragsschluß nicht ausgegangen werden. Denn der Kläger hat den entsprechenden Tatsachenvortrag der Beklagten bestritten, das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen.

c) Für das Revisionsverfahren ist demgemäß davon auszugehen, daß die Parteien in Bezug auf die von der Gläubigerin seit 1978 gewährten Kredite Mitbürgen sind. Der Ausgleichsanspruch des Klägers aus § 774 Abs. 2 BGB setzt dann weiter voraus, daß der Kläger die Gläubigerin wegen dieser Ansprüche als Bürge befriedigt hat. Daran können nach dem eigenen Vortrag des Klägers Zweifel bestehen. Er hat zwar einerseits behauptet, er habe den Betrag von 130.540,02 DM als Bürge für die seit 1978 gewährten Kredite der Gläubigerin geleistet. Träfe das zu, käme eine Ausgleichspflicht der Beklagten ohne Rücksicht darauf in Betracht, daß die Leistung des Klägers nach seinem eigenen Vorbringen nicht die gesamte Kreditforderung der Gläubigerin tilgte. Grundsätzlich besteht eine Ausgleichspflicht unter Mitbürgen auch dann, wenn ein Mitbürge den Gläubiger nur teilweise befriedigt (BGHZ 23, 361 ff); der in BGHZ 83, 206 ff umschriebene Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Der Ausgleichsanspruch des Klägers scheitert auch nicht an der in sämtlichen Bürgschaftserklärungen der Parteien enthaltenen Formularbestimmung, daß Teilleistungen eines Bürgen bis zur endgültigen Befriedigung der Gläubigerbank nur als Sicherheitsleistung gelten sollen. Denn die Gläubigerin hat die Zahlung des Klägers abweichend vom Inhalt der Bürgschaftserklärungen als endgültige Erfüllung entgegengenommen, wie sich aus ihrem Schreiben vom 24. September 1981 ergibt. Damit hat die Formulklausel für den hier zu entscheidenden Fall keine Bedeutung mehr (Senatsurt. v. 23. Oktober 1986 - IX ZR 203/85, ZIP 1987, 222, 224).

Bedenken gegen den Vortrag des Klägers, er habe den gesamten Betrag von 130.540,02 DM als Bürge geleistet,

ergeben sich jedoch aus dem Auskunftsschreiben der Gläubigerin vom 29. Januar 1985, dessen Inhalt sich der Kläger ausdrücklich zu eigen gemacht hat. Danach hat die Gläubigerin den Kläger nämlich aus seiner Bürgschaftserklärung vom 4. Januar 1979 über 6.000 DM nicht in Anspruch genommen. Sie hat diese Bürgschaft vielmehr als Sicherheit für einen dem Hauptschuldner gewährten Avalkredit zurückgehalten, der inzwischen erledigt ist; nach ihrer Auskunft wird sie aus dieser Bürgschaft den Kläger auch zukünftig nicht mehr in Anspruch nehmen. Danach hat die Gläubigerin den Kläger nur aus seinen Bürgschaftserklärungen vom 3. Oktober 1978 über 90.000 DM und vom 2. Juni 1980 über 25.000 DM in Anspruch genommen. Da die Höchstbeträge dieser beiden Bürgschaften insgesamt nur 115.000 DM ausmachen, kann die Zahlung des Klägers nur dann insgesamt als Bürgenleistung angesehen werden, wenn der Unterschiedsbetrag zwischen den gezahlten 130.540,02 DM und den Bürgschaftshöchstbeträgen von insgesamt 115.000 DM aus Zinsen, Provisionen und Kosten auf diese Höchstbeträge bestanden hätte, für die der Kläger nach dem Inhalt seiner Bürgschaftserklärungen über die Höchstbeträge hinaus haftete. Nach der Auskunft der Gläubigerin vom 29. Januar 1985 war zwar in dem Zahlungsbetrag "ursprünglich" ein Anteil für Zinsen enthalten; die Gläubigerin hat jedoch später die gesamte Zahlung des Klägers auf ihre Hauptforderung gegen den Hauptschuldner verrechnet. Als Bürge kann aber der Kläger aufgrund der Bürgschaften vom 3. Oktober 1978 und 2. Juni 1980 höchstens 115.000 DM auf die verbürgte Hauptforderung gezahlt haben. Ein möglicher Rechtsgrund für die weitergehende Zahlung kann sich nach der Gläubigerauskunft vom 29. Januar 1985 daraus ergeben, daß der Hauptschuldner

der Gläubigerin am 19. März 1980 eine Forderung gegen den Kläger aus einem Grundstücksverkauf in Höhe von 16.000 DM abgetreten hatte. Es ist deshalb möglich, daß der Kläger seine Zahlung an die Gläubigerin in Höhe von 16.000 DM als Schuldner dieser Forderung und nicht als Bürge geleistet hat. Insoweit käme dann ein Mitbürgenausgleich nach § 774 Abs. 2 BGB nicht in Betracht.

Indessen ist diese Unklarheit im Vortrag des Klägers in den Tatsacheninstanzen nicht erörtert, insbesondere eine Aufklärung durch Ausübung des richterlichen Fragerechts (§ 139 ZPO) nicht versucht worden. Bei dieser Sachlage ist es dem Revisionsgericht nicht möglich, zum Nachteil des Klägers davon auszugehen, daß er seine Zahlung an die Gläubigerin nur zum Teil als Bürge geleistet habe. Für das Revisionsverfahren muß mithin unterstellt werden, daß der Kläger den Gesamtbetrag von 130.540,02 DM als Bürge geleistet hat.

d) Auch wenn die Voraussetzungen eines Ausgleichsanspruchs nach § 774 Abs. 2 BGB an sich vorliegen, kann eine Ausgleichsverpflichtung der Beklagten nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB ausgeschlossen sein. Nach dieser im Rahmen des § 774 Abs. 2 BGB entsprechend anwendbaren Vorschrift sind Mitbürgen im Verhältnis zueinander nur dann zu gleichen Anteilen verpflichtet, wenn nicht ein anderes bestimmt ist. Die Beklagte hat in den Vorinstanzen behauptet, zwischen ihr, dem Kläger und dem Hauptschuldner habe Einigkeit darüber bestanden, daß sie weder am Betriebsvermögen noch am Gewinn oder Verlust der vom Hauptschuldner im Jahre 1978 erworbenen Kraftfahrzeugwerkstatt beteiligt sein sollte;

demgemäß habe sie auch nicht für Verbindlichkeiten des Hauptschuldners aus diesem Betrieb haften sollen. Danach kann aufgrund besonderer Vereinbarung oder nach den Umständen des Falles im Innenverhältnis ein Ausgleichsanspruch des Klägers gegen die Beklagte ausgeschlossen sein. Das Berufungsgericht hat dazu jedoch keine Feststellungen getroffen. Da der Kläger die von der Beklagten vorgetragenen Tatsachen bestritten hat, kann für das Revisionsverfahren nicht davon ausgegangen werden, die Ausgleichspflicht sei hier abweichend von der Regel des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB geregelt worden.

e) Auch wenn man von einer Ausgleichspflicht nach Kopfteilen ausgeht, kann sich hier die Ausgleichspflicht der Beklagten dadurch mindern, daß nach der Auskunft der Gläubigerin vom 29. Januar 1985, die der Kläger zum Gegenstand seines Vortrags gemacht hat, ein weiterer Bürge vorhanden war, der anlässlich einer Kreditaufnahme des Hauptschuldners im Februar 1977 eine Höchstbetragsbürgschaft über 15.000 DM übernommen hatte. Haftete dieser Bürge ebenfalls für alle gegenwärtigen und zukünftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung mit der Gläubigerin, also auch für die von dem Kläger zurückgezählten Kredite, so wäre auch er Mitbürge der Parteien und in die Ausgleichsberechnung des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB mit einzubeziehen. Diese Frage ist indessen bisher in tatsächlicher Hinsicht nicht hinreichend geklärt. Da das Berufungsgericht ihr - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht nachgegangen ist, kann die mangelnde Aufklärung des Sachverhalts in diesem Punkt dem Kläger im Revisionsverfahren nicht zum Nachteil gereichen.

4. Das Berufungsurteil muß deshalb aufgehoben und die Sache zur Nachholung der erforderlichen Feststellungen an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Merz

Henkel

Fuchs

Gärtner

Winter