

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 774 Abs. 2, 426

Zur Ausgleichung unter Mitbürgen.

BGH, Urt. v. 15. Mai 1986 - IX ZR 96/85 - OLG München

LG Passau

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 96/85

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:

15. Mai 1986

Thiesies

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Johann H., S., G.,

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte
-

g e g e n

Günther K., R., P.,

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte
-

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Mai 1986 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Henkel, Fuchs, Winter und Dr. Graßhof

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 29. März 1985 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger verlangt von dem Beklagten Ausgleichung als Mitbürge.

Der Kläger und Alfred S. [REDACTED] sind zu gleichen Teilen Gesellschafter der Firma BWB-Baubetreuungs GmbH für wohnfertiges Bauen (im folgenden Firma BWB bzw. Hauptschuldnerin). Diese errichtete das Haus "Bern" in F. [REDACTED], das als Bauherrenmodell weiterveräußert wurde. Sie benötigte eine Zwischenfinanzierung. Auf Vermittlung des Beklagten gewährte



die Volksbank Vilshofen eG (im folgenden Gläubigerin) der Firma BWB einen Kredit über 400.000 DM. Als Sicherheit verlangte die Gläubigerin von dem Kläger, S. [REDACTED] und dem Beklagten Bürgschaften. Der Beklagte war Kunde der Gläubigerin, während die Firma BWB bzw. deren Gesellschafter keine Geschäftsbeziehungen zu der Gläubigerin hatten. Jeder der Bürgen übernahm im März 1979 in besonderer Urkunde die selbstschuldnerische Bürgschaft bis zum Betrag von 400.000 DM. Die Nummern 7, 8, 10 der vorformulierten Bürgschaftserklärungen lauten wie folgt:

"7.

Mehrere Bürgen, die diese Urkunde unterzeichnen, haften als Gesamtschuldner (Mitbürgschaft).

8.

Bestehen für die Ansprüche der Bank gegen den Hauptschuldner außerhalb dieser Urkunde gegenwärtig oder zukünftig 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). Die Bürgschaft aus dieser Urkunde tritt neben etwa von dem Bürgen abgegebene sonstige Bürgschaftserklärungen.

10.

Jede Änderung oder Ergänzung dieses Bürgschaftsvertrages oder eine Vereinbarung über dessen Aufhebung bedarf, um Gültigkeit zu erlangen, der Schriftform. Auf dieses Erfordernis kann nur durch schriftliche Erklärung verzichtet werden."

Auf jeder der drei Urkunden befindet sich die maschinenschriftlich hinzugefügte Überschrift

"Zwischenfinanzierung "Haus Bern"

gleiche Ausfertigung für Bürgen S. [REDACTED], H. [REDACTED] und K. [REDACTED].

Der Kredit wurde in Höhe von 300.000 DM der Firma BWB gutgeschrieben. Auf deren Weisung wurden die restlichen 100.000 DM an den Beklagten gezahlt. Er behauptet, damit sei abgegolten worden, daß er der Firma BWB den Kredit und Interessenten für das Bauherrenmodell vermittelt habe. Nach der Behauptung des Klägers war die Zahlung auch als Entgelt für die Übernahme der Bürgschaft bestimmt.

Nach Durchführung des Bauvorhabens verblieb in Höhe von 350.000 DM ein Minussaldo der Firma BWB zugunsten der Gläubigerin. Diese nimmt den Kläger hieraus in Höhe eines Teilbetrages von 200.000 DM als Bürgen in Anspruch. In dieser Höhe hatte sie sich zur Sicherung ihrer Bürgschaftsforderung eine Grundschuld auf einem Grundstück des Klägers eintragen lassen. Sie hat die Zwangsversteigerung dieses Grundstücks angedroht. Der Bürge S. [REDACTED] ist vermögenslos. Den Beklagten, dessen Leistungsfähigkeit feststeht, nimmt die Gläubigerin nicht als Bürgen in Anspruch. Er behauptet dazu, zwischen ihm und der Gläubigerin sei bei Übernahme der Bürgschaft vereinbart worden, daß er erst als letzter der drei Bürgen haften solle. Nur unter dieser Voraussetzung habe er auch dem Kläger und S. [REDACTED] seine Bereitschaft zur Eingehung der Bürgschaftsverpflichtung erklärt.

Der Kläger ist der Auffassung, alle drei Bürgen seien gleichrangige Mitbürgen. Der Beklagte sei daher dazu verpflichtet, entsprechend seinem nach dem Innenverhältnis der Bürgen auf ihn entfallenden Anteil an der Befriedigung der Gläubigerin mitzuwirken und ihn, den Kläger von der Bürgschaftsinanspruchnahme in Höhe von 100.000 DM freizustellen.

Das Landgericht wies die Klage ab. Das Oberlandesgericht gab ihr statt. Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht erörtert als Rechtsgrundlage für das Begehren des Klägers, ihn gegenüber der Gläubigerin aus seiner Inanspruchnahme für einen Teil der noch bestehenden Hauptforderung in Höhe der Hälfte des von ihm verlangten Betrages freizustellen, den unter Gesamtschuldnern bestehenden gesetzlichen Ausgleichsanspruch aus § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB.

1. Der Berufungsrichter geht davon aus, daß ein Ausgleichsanspruch eines Mitbürgen gemäß §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 Satz 1 BGB auch schon vor Befriedigung des Gläubigers in Form eines Befreiungsanspruchs bestehen kann. Das ist richtig.

Der Anspruch aus § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB entsteht nicht erst, wenn ein Gesamtschuldner an den Gläubiger leistet, sondern von vornherein mit dem Zustandekommen des Gesamtschuldverhältnisses. Jeder mithaftende Gesamtschuldner kann 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 Forderung einen der Gesamtschuldner in Anspruch, so kann dieser daher von den Mitschuldnern verlangen, ihn von der Verbindlichkeit in der Höhe zu befreien, die der jeweiligen internen Ausgleichspflicht entspricht (RGZ 79, 288, 290; BGH, Urt. v. 22. Oktober 1957 - VI ZR 231/56, LM BGB § 278 Nr. 24 und ständig; zuletzt Urt. v. 7. November 1985 - III ZR 142/84, WM 1986, 170; Reinicke/Tiedtke, Gesamtschuld und Schuldsicherung 1981 S. 76; Selb, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldnern, 1984, § 7 II 2 S. 94). Ein solcher Befreiungsanspruch besteht auch, wenn und soweit Mitbürgen gemäß §§ 774 Abs. 2, 426 BGB haften (vgl. BGH, Urteile v. 26. Januar 1959 - II ZR 221/57, LM BGB § 774 Nr. 3 Bl. 1 R und v. 9. Oktober 1963 - VIII ZR 132/62, LM BGB § 774 Nr. 6; Kanka, Die Mitbürgschaft JherJb Bd. 87, 123, 158, 159).

2. Der Berufungsrichter geht ebenfalls richtig davon aus, daß eine Ausgleichspflicht auch bestehen kann, wenn der Gläubiger - wie hier - den Mitbürgen nur wegen eines Teils der Hauptforderung in Anspruch nimmt und noch nicht feststeht, in welcher Höhe die Bürgschaften endgültig beansprucht werden. Ausgleichung kann dann nicht nur wegen des Teils der geltend gemachten Hauptforderung verlangt werden, der den Betrag übersteigt, welcher auf den Mitbürgen nach dem Innenverhältnis bei voller Inanspruchnahme der Bürgschaft entfallen würde (vgl. BGHZ 23, 361, 363 für den Fall, daß der Mitbürge den vom Gläubiger geltend gemachten Teil der Hauptforderung gezahlt hat). Alle Mitbürgen haben

- wie dargelegt - von vornherein gemäß ihren internen Anteilen an der Befriedigung des Gläubigers mitzuwirken. Sie müssen daher auch entsprechend zur Befriedigung eines Gläubigers beitragen, der zunächst nur einen Teil der Hauptforderung verlangt. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Bürgschaft jedes der Bürgen - wie hier - die volle Hauptforderung abdeckt. In Fällen, in denen Mitbürgen bei höherer Hauptforderung Höchstbetragsbürgschaften übernommen haben, kann ihr Ausgleichsverhältnis besonderen Regeln unterliegen (vgl. dazu RGZ 81, 414; Selb aaO § 5 IV 4 S. 63; Tiedtke ZIP 1986, 150, 151; Staudinger/Horn BGB 12. Aufl., § 769 Rdnr. 2; MünchKomm/Pecher BGB 2. Aufl. § 769 Rdnr. 5).

3. § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB kommt als Rechtsgrundlage für den Freistellungsanspruch nur in Betracht, wenn die Parteien Mitbürgen im Sinne des § 774 Abs. 2 BGB sind.

Dies bejaht das Berufungsgericht allein mit der Erwägung, daß der Beklagte mit der Gläubigerin keine Ausfallbürgschaft vereinbart habe.

a) Es ist nicht zu beanstanden, daß der Berufungsrichter nicht auf die Regelungen der §§ 7, 8 der Bürgschaftsverträge der Parteien eingeht, wonach mehrere Bürgen nur dann gemäß § 769 BGB als Gesamtschuldner haften, wenn sie sich in derselben Urkunde verbürgt haben. Mit einer solchen Formularvereinbarung entfällt in der Regel nicht auch ein Ausgleich zwischen den mehreren Mitbürgen (BGHZ 88, 185).

b) Ein Ausgleichsverhältnis unter Mitbürgen entsteht nicht, wenn die Bürgen sich für dieselbe Hauptverbindlich-

keit nicht gleichstufig verbürgt haben (RG Recht 1912 Nr. 2032; BGH, Urt. v. 18. Oktober 1978 - VIII ZR 278/77, NJW 1979, 646; BGHZ 88, 185, 188; Schuler NJW 1953, 1689, 1691; BGB-RGRK/Mormann 12. Aufl. § 769 Rdnr. 2; MünchKomm/Pecher aaO § 769 Rdnr. 4).

c) Der Berufungsrichter ist der Auffassung, der Beklagte habe seine Bürgschaft gegenüber der Gläubigerin nicht als eine Ausfallbürgschaft übernommen und hafte daher gleichstufig mit dem Kläger und dem Bürgen S.

Das Berufungsgericht geht dabei davon aus, daß die Aussage des in erster Instanz vernommenen Zeugen N., des Zweigstellenleiters der Gläubigerin, richtig ist. Dieser Zeuge hat unter anderem bekundet:

"Die Bürgschaftsurkunde ist eine eindeutige selbstschuldnerische Bürgschaft. Es war ja so, daß neben ... (dem Beklagten) auch Herr S. und ... (der Kläger) in gleicher Weise und für denselben Betrag Bürgschaft leisteten. Die Bürgschaftsurkunde ist aber nicht vollständig. Es bestanden daneben auch noch Nebenabsprachen und zwar dahingehend, daß wenn der Kredit notleidend wird, wir uns in erster Linie an ... (den Kläger) und Herrn S. halten. Da uns bekannt geworden ist, daß Herr S. vermögenslos ist, haben wir uns zunächst an ... (den Kläger) gewandt. Er hat an einem seiner Grundstücke eine Grundschuld für uns bestellt. Bezahlt hat ... (der Kläger) seine Bürgschaftsverpflichtung uns gegenüber noch nicht. ... Die Nebenvereinbarung, die aus der Urkunde nicht ersichtlich ist, daß nämlich ... (der Beklagte) als letzter von uns in Anspruch genommen wird, ist nicht eine Vereinbarung zwischen uns und allen drei Bürgen, sondern lediglich eine Vereinbarung zwischen ... (dem Beklagten) und mir gewesen. Die Herren ... (Kläger) und

S. [REDACTED] haben an dieser Vereinbarung nicht mitgewirkt. ... Mit einer reinen Ausfallbürgschaft hätte ich mich damals für die ... (Gläubigerin) nicht zufrieden gegeben. Die Ausfallbürgschaft hätte ja unsererseits den Nachweis verlangt, daß wir gegen ... (den Kläger) zunächst erfolglos vollstreckt hätten. Eine Vollstreckung gegen Herrn S. [REDACTED] war damals schon nicht beabsichtigt, es sei denn, daß sich seine Vermögensverhältnisse positiv geändert hätten. Die Voraussetzung, daß wir gegen einen der anderen Bürgen zunächst erfolglos zu vollstrecken versuchen, wollte ich schriftlich für die ... (Gläubigerin) nicht festgelegt haben. ... Die Gläubigerin ist bereit, das Zwangsversteigerungsverfahren aus der Grundsuld des ... (Klägers) zu betreiben, wenn dieser nicht freiwillig bezahlen sollte."

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die in der Aussage des Zeugen wiedergegebene Nebenvereinbarung als rechtsgeschäftliche Erklärung zwar formlos gültig sein könnte. Es legt sie aber gemäß §§ 133, 157 dahin aus, daß sie nur ein "gentlemen agreement" begründe. Auch wenn berücksichtigt werde, daß die Beteiligten die Voraussetzungen eines Ausfalls großzügiger als im Normalfall festlegen können, werde die Einordnung der Haftung des Beklagten als eines bloßen Ausfallbürgen den Absprachen der Beteiligten, insbesondere dem Willen der Gläubigerin, nicht gerecht. Irgendein Interesse der Gläubigerin, die Ausgleichung unter den Bürgen auszuschließen oder zu behindern, so daß der Beklagte auch wirtschaftlich nur für den Ausfall haften müsse, sei nicht ersichtlich. Die Gläubigerin habe mit der Nebenvereinbarung weder im Außenverhältnis auf die ge-

samtschuldnerische Haftung aller Bürgen verzichten noch auf die Ausgleichung unter den Bürgen Einfluß nehmen wollen. Ihre Zusicherung habe sich auf eine bloße Reihenfolge der Inanspruchnahme beschränkt, ohne Notwendigkeit des Nachweises eines Ausfalls. Gegen die bloße Stellung des Beklagten als Ausfallbürge spreche auch der gleichlautende Ausfertigungsvermerk auf den Bürgschaftsurkunden.

aa) Die - nicht begründete - Auffassung des Berufungsgerichts, die mündliche Nebenvereinbarung wäre als rechtsgeschäftliche Willenserklärung nicht gemäß §§ 125, 127 BGB unwirksam, ist zutreffend. § 766 BGB verlangt nach seinem Sinn und Zweck nicht, daß Abreden, durch welche die Haftung des Bürgen gegenüber dem, was sich aus der Bürgschaftsurkunde in Verbindung mit den gesetzlichen Vorschriften ergibt, eingeschränkt wird, schriftlich erfolgen. Sie sind nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung formlos gültig (RG JW 1936, 988; BGH, Urt. v. 29. November 1967 - VIII ZR 101/65, LM BGB § 766 Nr. 11). In dem Bürgschaftsformular, das der Beklagte unterzeichnet hat, ist zwar vorgesehen, daß jede Ergänzung des Bürgschaftsvertrages der Schriftform bedürfe und auf dieses Erfordernis nur durch schriftliche Erklärung verzichtet werden dürfe. Dieser vorformulierten Vertragsbedingung geht aber eine mit dem Zeugen N. [REDACTED] als bevollmächtigtem Vertreter der Gläubigerin mündlich, nach der gesetzlichen Regelung wirksam getroffene Individualabrede gemäß § 4 AGBG vor (vgl. BGH, Urt. v. 26. November 1980 - VIII ZR 298/79, BB 1981, 266; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen AGBG 3. Aufl. § 4 Rdnr. 33; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher AGBG § 9 Rdnr. S 32, S 34).

bb) Die Revision greift mit Recht die Auslegung des Berufungsrichters an, es habe sich bei den Absprachen der Gläubigerin und des Beklagten nur um ein "gentlemen agreement" gehandelt.

Das Berufungsgericht verletzt allgemeine Grundsätze über die Auslegung von Willenserklärungen und berücksichtigt auch die Interessenlage der Beteiligten nur unzureichend.

Bei der Auslegung von Willenserklärungen kommt es auf den objektiven Erklärungswert an, also darauf, wie sich die Erklärung nach Treu und Glauben für den Empfänger darstellt. Der innere Wille des Erklärenden ist nicht maßgebend (BGHZ 36, 30, 33). Das gilt auch für die Frage, ob eine bestimmte Erklärung eine Willenserklärung darstellt (BGHZ 21, 102, 106, 107; 91, 324, 330).

Der Zeuge sagte dem Beklagten zu, er werde als letzter der drei Bürgen in Anspruch genommen werden. Seine Gründe, warum der Zeuge eine solche Vereinbarung nicht schriftlich niederlegen wollte und daß er eine echte Ausfallbürgschaft nicht vereinbaren wollte, teilte er dem Beklagten nicht mit. Eine schriftliche Ergänzung des Bürgschaftsvertrages war gar nicht erörtert worden. Bei dieser Sachlage konnte der Beklagte nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller zutage getretener Umstände davon ausgehen, der Zeuge erkläre rechtsverbindlich, die beiden anderen Bürgen sollten vor ihm an erster Stelle haften. Dies entsprach auch den Besonderheiten des vorliegenden Falles. Der Kläger und der Bürge Schmidt waren als alleinige Gesellschafter der Hauptschuldnerin in erster Linie daran interessiert, die Kreditge-

währung zu erreichen. Ihnen waren daher auch in erster Linie die Sicherung des Kredits und die Übernahme des Risikos der Zahlungsunfähigkeit der Hauptschuldnerin zuzumuten (vgl. auch BGH, Urt. v. 5. Januar 1955 - IV ZR 112/54, WM 1955, 375, 376).

Das gilt auch dann, wenn berücksichtigt wird, daß der Beklagte unstreitig anlässlich der Kreditgewährung an die Hauptschuldnerin von dieser 100.000 DM erhalten hat. Es ist nicht dargelegt worden, daß diese Zahlung und ihre im übrigen streitige Rechtfertigung bei den Verhandlungen zwischen dem Beklagten und dem Vertreter der Gläubigerin bekannt waren und daher bei der Gestaltung des Bürgschaftsvertrages berücksichtigt wurden. Sollte der Beklagte aufgrund seiner rechtsgeschäftlichen Absprachen mit der Hauptschuldnerin bzw. deren Gesellschaftern verpflichtet gewesen sein, im Außenverhältnis eine gleichstufige Mitbürgschaft zu übernehmen, so könnte er dem Kläger aus der Verletzung dieses Vertrages ausgleichspflichtig sein (vgl. dazu unten II). Aus einer solchen internen Abrede folgt aber nicht, daß er sich entsprechend verhalten hat und eine im Verhältnis zur Gläubigerin gleichstufige Mitbürgschaft vereinbart wurde.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts konnte die Gläubigerin nach der objektiven Interessenlage auch daran interessiert sein, dem Beklagten die von diesem begehrte rechtsverbindliche Zusage zu geben, ihn nur nachrangig als Bürgen in Anspruch zu nehmen. Dieser war im Gegensatz zu den beiden anderen Bürgen unstreitig ein guter, langjähriger Kunde der Gläubigerin. Das Zustandekommen einer rechtswirksamen nachrangigen Haftung des Beklagten entsprach

dessen erkennbaren Interessen selbst dann, wenn in seinem Verhältnis zur Gläubigerin wegen der langjährigen, guten Geschäftsbeziehungen ein solches Vertrauensverhältnis entstanden war, daß in diesem Außenverhältnis an sich ein "gentlemen agreement" ausgereicht hätte. Dieses hätte dem Beklagten nichts genützt, weil es auf das Innenverhältnis zu den Mitbürgen nicht durchschlagen und daher den Ausgleichsanspruch des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht hätte verhindern können.

Das Berufungsgericht begründet nicht seine Auffassung, gegen die bloße Ausfallhaftung des Beklagten spreche der unstreitige, gleichlautende Ausfertigungsvermerk auf den Bürgschaftsurkunden. Sollte es damit die Richtigkeit der Aussagen des Zeugen anzweifeln, so wäre seine Begründung insgesamt widersprüchlich und damit fehlerhaft. Sollte es damit meinen, der Beklagte habe mit der Hinnahme dieses Vermerks gezeigt, daß er die Erklärung der Gläubigerin nur als unverbindlich aufgefaßt habe, und selbst davon ausgegangen sei, er übernehme die in der Urkunde vorgesehene gleichstufige Mitbürgschaft, so leuchtet dies ohne nähere Ausführungen und weitere Feststellungen nicht ein. Befand der Vermerk sich bereits auf der Urkunde, als der Beklagte sie unterzeichnete, so dürfte ihm keine besondere Bedeutung zukommen. Es ist unter den Beteiligten außer Streit, daß der Inhalt der schriftlichen Bürgschaftserklärung eine nachrangige Haftung des Beklagten nicht begründet. Wurde der Vermerk aber erst nach Unterzeichnung und Zustandekommen der Bürgschaft anläßlich einer späteren Übersendung von Ausfertigungen an die drei Bürgen auf die Urkunden gesetzt, so kann ihm eine rechtserhebliche Bedeutung ebenfalls nicht zukommen. Eine mündlich wirksam zustande gekommene Vereinbarung wurde damit nicht mehr abgeändert.

cc) Die von dem Zeugen geschilderte Nebenabrede war als rechtsgeschäftliche Erklärung hinreichend bestimmt und konnte das Bürgschaftsverhältnis der Gläubigerin zu dem Beklagten rechtlich wirksam als eine nicht gleichstufige Mitbürgschaft gestalten.

Mit einer rechtsverbindlichen Zusage der Gläubigerin, sie werde den Beklagten erst zuletzt in Anspruch nehmen, kann vereinbart sein, daß der Beklagte erst hafte, wenn und soweit die Gläubigerin ihren Bürgschaftsanspruch gegenüber dem Kläger und dem Zeugen S. [REDACTED] nicht befriedigen kann (vgl. RGZ 81, 414, 417; BGH, Urt. v. 5. Januar 1955 - IV ZR 112/54, WM 1955, 375, 376; Kanka aaO S. 141). Das ist die Vereinbarung einer Art von Ausfallbürgschaft, bei der die Anforderungen an die Inanspruchnahme des Ausfallbürgen geringer sind als im Normalfall einer solchen Bürgschaft, bei dem eine Haftung des Bürgen erst ausgelöst wird, wenn auch ein Ausfall bei dem Hauptschuldner feststeht. Es unterliegt der schuldrechtlichen Gestaltungsfreiheit der Vertragsparteien, den Ausfall als Bedingung für die Bürgschaftsverpflichtung abweichend vom Regelfall zu bestimmen (RGRK-Mormann aaO § 765 Rdnr. 21). Haben die Parteien den Ausfall nur an die Uneinbringlichkeit der Forderungen bei weiteren Bürgen geknüpft, so behält die von dem Beklagten im übrigen "selbstschuldnerisch" übernommene Bürgschaft ihren Sinn (vgl. auch Schuler NJW 1953, 1689, 1690), weil der Ausfall von der Inanspruchnahme des Hauptschuldners unabhängig ist.

4. Mit einer zwischen der Gläubigerin und dem Beklagten vereinbarten Ausfallbürgschaft wäre nicht nur im Außenverhältnis aller Bürgen zur Gläubigerin eine nachrangige

Haftung des Beklagten gegenüber der Gläubigerin begründet, sondern gleichzeitig das Entstehen eines an den Eintritt einer gleichrangigen Haftung anknüpfenden internen Ausgleichsanspruchs aus § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB verhindert worden.

Das trifft jedenfalls bei dem Sachverhalt zu, der mangels bestimmter anderer Feststellungen des Berufungsgerichts zugunsten des Beklagten in der Revisionsinstanz zu unterstellen ist. Die Revision weist mit Recht darauf hin, daß der Beklagte in beiden Tatsacheninstanzen unter Beweis- antritt vorgetragen hatte, er habe bei Übernahme seiner Bürgschaft mit der Gläubigerin die Vereinbarung über die Haftungsrangfolge getroffen. Bei der mündlichen Zusatzvereinbarung habe es sich nicht etwa um die nachträgliche Änderung einer zunächst gleichstufig eingegangenen Mitbürgschaftsverpflichtung gehandelt. Von diesem Sachverhalt ging auch das Landgericht mangels eines substantiierten Gegen- vortrags des Klägers aus. Der Berufungsrichter trifft dazu keine eindeutigen Feststellungen. In einer rechtlichen Hilfserwägung geht er anscheinend davon aus, daß die Zusatzvereinbarung erst nachträglich, nach dem Zustandekommen der Mitbürgschaft des Beklagten erfolgte, wenn er ausführt, für das Bestehen des von dem Kläger geltend gemachten Aus- gleichsanspruchs spreche es auch, daß es dem Gläubiger nicht möglich sein könne, nach Übernahme gewöhnlicher Bürgschaften durch mehrere Bürgen das Bürgschaftsrisiko für einzelne Bürgen durch interne Absprachen mit anderen zu erhöhen.

Wird davon ausgegangen, daß der Beklagte sich gegenüber der Gläubigerin von vornherein nur als nachrangig haftender Bürge verpflichtet hat, so berührt diese Vereinbarung der Ausfallhaftung keine bereits gemäß § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB bestehenden Ausgleichsansprüche des Klägers gegen den Beklagten. Es bestand zwischen beiden zu keiner Zeit ein Haftungsverband, der Ansprüche aus § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB begründet haben könnte. Solche Rechte können daher mit der Vereinbarung der Ausfallhaftung auch nicht aufgehoben worden sein. Ein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter liegt nicht vor (vgl. auch RGZ 81, 414, 418; RG Recht 1912, Nr. 2032; BGHZ 88, 185, 188; Schuler NJW 1953, 1689, 1691; Staudinger/Horn aaO § 769 Rdnr. 5, 6; MünchKomm/Pecher aaO § 769 Rdnr. 4).

5. Das Berufungsurteil kann aus einem weiteren Grund keinen Bestand haben.

Selbst wenn im Außenverhältnis der Mitbürgen zur Gläubigerin eine gleichstufige Haftung besteht - was der Berufungsrichter annimmt - so sind die Mitbürgen im Innenverhältnis gemäß § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB doch nur zum Ausgleich verpflichtet, wenn und soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Die Mitbürgen können diese Regelung des Innenverhältnisses ausdrücklich oder stillschweigend vornehmen; diese kann sich auch aus der Natur der Sache ergeben (BGH, Urt. v. 11. Juli 1973 - VIII ZR 178/72, LM BGB § 774 Nr. 9; v. 4. Juli 1963 - VII ZR 41/62, NJW 1963, 2067, 2068; Senatsurteil v. 10. November 1983 - IX ZR 34/82, NJW 1984, 482).

Das Berufungsgericht geht ohne Begründung von dem Fehlen einer anderweitigen Regelung und daher von gleichen Anteilen der Mitbürgen aus. Die Revision rügt mit Recht, daß der Beklagte einen Sachverhalt vorgetragen und unter Beweis gestellt hatte, der eine tatrichterliche Prüfung des Merkmals der anderweiten Bestimmung einer Ausgleichspflicht erforderte.

Der Beklagte hatte in beiden Instanzen behauptet, der Kläger und S. [REDACTED] seien damit einverstanden gewesen, daß er nur hafte, wenn sie selbst zahlungsunfähig seien. Er hatte auch darauf hingewiesen, daß seine Mitbürgen als alleinige Gesellschafter der Hauptschuldnerin dem Kredit "weit näher dran" seien. Er hatte ferner dargelegt, er habe die Bürgschaft weder im Verhältnis zur Hauptschuldnerin noch zu den an ihr wirtschaftlich beteiligten Bürgen entgeltlich übernommen. Bei einem solchen Sachverhalt mußte der Tatrichter erwägen, ob eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung vorlag, wonach im Verhältnis der Mitbürgen abweichend von § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB die Gesellschafter der Hauptschuldnerin im Innenverhältnis allein zur Ausgleichung verpflichtet sein sollten (vgl. auch BGH, Urt. v. 19. Dezember 1985 - III ZR 90/84, WM 1986, 363).

II.

Für das weitere Verfahren wird darauf hingewiesen, daß der Kläger in seinem Schriftsatz vom 18. Dezember 1984 Tatsachen vorgetragen und unter Beweis gestellt hatte, aus denen folgen könnte, daß der Beklagte aufgrund eines der

Übernahme der Bürgschaft zugrunde liegenden Vertrages dazu verpflichtet gewesen sein könnte, eine gleichrangige Bürgschaft zu übernehmen. Der Klageantrag könnte dann unter dem Gesichtspunkt der Verletzung dieses Vertrages gerechtfertigt sein.

Merz

Henkel

Fuchs

Winter

Graßhof