BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNISURTEIL

XI ZR 234/11

Verkündet am:
20. März 2012
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 401, 412, § 426 Abs. 1 und 2, § 769, § 774 Abs. 1 und 2

Befriedigt der im Verhältnis zum Regelbürgen nur subsidiär haftende Ausfallbürge den Gläubiger der Hauptforderung, so steht ihm ein interner Ausgleichsanspruch gegen den Regelbürgen zu, der selbständig neben die kraft Gesetzes mit der Hauptforderung auf den Ausfallbürgen übergehende Bürgschaftsforderung gegen den Regelbürgen tritt.

BGH, Versäumnisurteil vom 20. März 2012 - XI ZR 234/11 - OLG Frankfurt in Darmstadt
LG Darmstadt

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. März 2012 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, die Richterin Mayen und die Richter Dr. Grüneberg, Maihold und Pamp

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 13. Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 5. April 2006 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die klagende Bank begehrt als Ausfallbürgin vom Beklagten als Regelbürgen Ersatz des von ihr auf die Ausfallbürgschaft an die Gläubigerin gezahlten Betrages.

2 Die Sparkasse D. (im Folgenden: Sparkasse) gewährte der Ehefrau des Beklagten (Hauptschuldnerin) gemäß Vertrag vom 20. Dezember 1979 ein Existenzgründungs-Darlehen über 105.000 DM, für das der Beklagte sich

selbstschuldnerisch verbürgte. Daneben übernahm eine Rechtsvorgängerin der Klägerin (im Folgenden: Klägerin), die als Selbsthilfeeinrichtung der hessischen Wirtschaft Ausfallbürgschaften für Kredite gewährt, die nach bankmäßigen Grundsätzen nicht gesichert werden können, eine Ausfallbürgschaft bis zum Höchstbetrag von 80.000 DM. Im Jahre 1981 kündigte die Sparkasse den Darlehensvertrag mit der Hauptschuldnerin wegen Zahlungsrückstands und nahm die Klägerin aus der Ausfallbürgschaft in Anspruch. Von einer Inanspruchnahme des Beklagten aus dessen selbstschuldnerischer Bürgschaft sah die Sparkasse seinerzeit ab, weil - wie sie der Klägerin mit Schreiben vom 17. Februar 1982 mitteilte - die Eheleute in der Liste der Insolvenzen und Schuldnerverzeichnisse 12/81 aufgeführt seien. Die Klägerin überwies der Sparkasse einen Betrag von 78.000 DM als Abschlagszahlung auf den voraussichtlich eintretenden Kreditausfall. Mit an die Sparkasse gerichtetem Schreiben vom 16. Juli 1982 bezifferte sie den endgültigen Kreditausfall mit 77.425,89 DM. Durch rechtskräftiges Urteil des Amtsgerichts O. vom 2. Juni 1993 ( ) wurde der Beklagte, der im März 1985 notariell seine Vermögenslosigkeit erklärt hatte, aufgrund einer entsprechenden Teilklage verurteilt, gesamtschuldnerisch mit der Hauptschuldnerin 6.000 DM an die Klägerin zu zahlen.

3 Mit der vorliegenden Klage nimmt die Klägerin den Beklagten erneut aus dessen selbstschuldnerischer Bürgschaft in Anspruch, wobei sie ihre Regressforderung unter Berücksichtigung der Ergebnisse aus der Verwertung anderweitiger Sicherheiten sowie sonstiger Zahlungen, unter anderem der Urteilssumme aus dem vorgenannten amtsgerichtlichen Urteil, zuletzt mit 30.763,16 € beziffert hat.

4 Das Landgericht hat der Klage zum überwiegenden Teil stattgegeben. Es hat den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 30.038,76 € nebst Zinsen zu zah-

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

len, festgestellt, dass der Rechtsstreit sich in Höhe eines Teilbetrags von 1.029,01 € in der Hauptsache erledigt hat, und die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht unter Aufrechterhaltung der Feststellung einer Teilerledigung die Klage hinsichtlich des vom Landgericht zuerkannten Zahlungsantrags auf die vom Beklagten in zweiter Instanz erhobene Verjährungseinrede abgewiesen.

5 Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren zweitinstanzlich erfolglos gebliebenen Antrag auf Zurückweisung der Berufung des Beklagten weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision ist begründet. Sie führt unter Aufhebung des Berufungsurteils zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

7 Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Berufungsgericht im Wesentlichen ausgeführt:

8 Die Klage sei, soweit der Zahlungsanspruch noch geltend gemacht werde, abzuweisen, da die Forderung der Sparkasse gegen die Hauptschuldnerin aus dem Darlehensvertrag vom 20. Dezember 1979 verjährt sei. Die Verjährung sei gemäß § 195 BGB nF i. V. m. Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB mit Ablauf des 31. Dezember 2004 eingetreten. Damit sei nicht nur die Hauptschuldnerin berechtigt, die Leistung zu verweigern (§ 214 BGB nF), sondern im Hinblick auf die Akzessorietät der Bürgschaft auch der Beklagte als Bürge.

9 Gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB könne der Bürge sich auf die Verjährung der Hauptforderung berufen. Die Berufung hierauf sei dem Beklagten im Streitfall nicht schon deshalb versagt, weil Verjährung erst nach seiner gerichtlichen Inanspruchnahme aus der Bürgschaft eingetreten sei. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unterbreche eine Klage gegen den Bürgen die Verjährung des gesicherten Anspruchs gegen den Hauptschuldner nicht. Der Bürge könne sich daher auch dann noch auf die Einrede der Verjährung der Hauptforderung berufen, wenn die Verjährung erst nach Erhebung der Bürgschaftsklage eintrete; dies könne sogar noch nach rechtskräftiger Verurteilung im Wege der Vollstreckungsgegenklage geschehen.

10 Die Bürgschaft begründe eine von der Verbindlichkeit des Hauptschuldners verschiedene, einseitig übernommene Verbindlichkeit des Bürgen. Ihr Rechtscharakter bestimme sich nicht aus der Natur der Hauptschuld. Ihre Abhängigkeit von der gesicherten Hauptschuld (Akzessorietät) solle nur sicherstellen, dass der Gläubiger vom Bürgen das bekomme, was er vom Hauptschuldner nach dem jeweiligen Bestand der Hauptschuld zu bekommen habe. Eine Verschlechterung seiner Rechtsstellung durch eine Erweiterung der Hauptschuld, die nicht auf die Zahlungsunfähigkeit oder -unwilligkeit des Hauptschuldners zurückzuführen sei, müsse der Bürge sich nicht zurechnen lassen.

11 Im Hinblick auf die erhobene Einrede der Verjährung seien die weiteren vom Beklagten mit der Berufung vorgebrachten Einwände gegen die Klageforderung nicht mehr entscheidungserheblich.

II.

12 Über die Revision der Klägerin ist, da der Beklagte trotz ordnungsgemäßer Ladung im Termin nicht vertreten war, durch Versäumnisurteil zu entscheiden, das aber inhaltlich nicht auf der Säumnis, sondern auf einer sachlichen Prüfung des Antrags beruht (vgl. BGH, Urteil vom 4. April 1962 - V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81).

13 Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die von der Klägerin geltend gemachte Regressforderung ist nicht verjährt.

14 1. Mit Recht und von der Revision jedenfalls im Ergebnis unbeanstandet ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass der Beklagte seiner Inanspruchnahme aus der auf die Klägerin übergegangenen Bürgschaftsforderung aus der selbstschuldnerischen Bürgschaft die Einrede der Verjährung der Hauptforderung entgegenhalten kann.

15 a) Bestehen - wie hier - zur Sicherung der Hauptforderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner sowohl eine selbstschuldnerische (Regel-) Bürgschaft als auch eine Ausfallbürgschaft und befriedigt der Ausfallbürge den Gläubiger, so erwirbt er nach § 774 Abs. 1, §§ 412, 401 BGB mit der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner als Nebenrecht die (Bürgschafts-) Forderung des Gläubigers gegen den Regelbürgen (allg. Meinung, vgl. OLG Hamburg, OLGR 1997, 1, 2; OLG Hamm, NZM 2002, 563, 564; OLG Brandenburg, Urteil vom 26. November 2005 - 4 U 31/05, juris Rn. 38; Staudinger/Horn, BGB (1997), § 771 Rn. 17; MünchKommBGB/Habersack, 5. Aufl., § 774 Rn. 22; Soergel/Häuser, BGB, 12. Aufl., Vor § 765 Rn. 38; Soergel/Pecher, BGB, 12. Aufl., § 769 Rn. 11; Erman/Herrmann, BGB, 13. Aufl., § 769 Rn. 3). Gegenüber seiner auf diesen Forderungsübergang gestützten Inanspruchnahme aus

der Bürgschaftsforderung kann sich der Regelbürge freilich, auch wenn ihm - wie im Streitfall - die Einrede der Vorausklage nicht zusteht, gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Verjährung der Hauptforderung berufen; insofern kann im Verhältnis des Regel- zum Ausfallbürgen nichts anderes gelten als in der Beziehung des Regelbürgen zum Gläubiger der Hauptforderung (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 9. Juli 1998 - IX ZR 272/96, BGHZ 139, 214, 216 mwN).

16 b) Gegen diese rechtliche Bewertung als solche wendet sich auch die Revision nicht. Sie beanstandet insoweit lediglich, das Berufungsgericht habe übersehen, dass vorliegend die Klägerin einen Ausgleich vom Beklagten als "Mitbürgen" verlange und die vorstehenden Grundsätze auf dieses Verhältnis (dazu sogleich unter 2.) "nicht schlicht übertragen werden" könnten. Damit greift die Revision die Feststellung des Berufungsgerichts, hinsichtlich der Hauptforderung der Sparkasse gegen die Hauptschuldnerin aus dem Darlehensvertrag vom 20. Dezember 1979 sei mangels diesbezüglicher verjährungsunterbrechender Maßnahmen mit Ablauf des 31. Dezember 2004 Verjährung eingetreten, als solche ebenfalls nicht an. Revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich.

17 Zwar enthält der vom Beklagten als Bürge mit unterzeichnete Darlehensvertrag zwischen der Sparkasse und der Hauptschuldnerin vom 20. Dezember 1979 hinsichtlich der Bürgenhaftung eine formularmäßige Ausschlussklausel, wonach der Bürge auf die Einreden der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit gemäß § 770 BGB sowie auf die Einrede der Verjährung der Hauptschuld verzichtet und auf die sonstigen Einreden nach § 768 BGB insoweit verzichtet wird, als sie nicht unbestritten oder nicht rechtskräftig festgestellt sind.

18 Hierauf kommt es aber im Ergebnis nicht an. Denn ein derart weitgehender klauselmäßiger Ausschluss des § 768 BGB durchbricht den Akzessorietäts-

grundsatz, wonach die Bürgschaft vom jeweiligen Bestand der Hauptschuld abhängig ist, und den damit verbundenen Bürgenschutz so nachhaltig, dass er einem umfassenden Ausschluss gleichkommt. Eine solche Allgemeine Geschäftsbedingung ist daher gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG) unwirksam (vgl. BGH, Urteile vom 5. April 2001 - IX ZR 276/98, WM 2001, 1060, 1062 für eine inhaltsgleiche Klausel, vom 1. Oktober 2002 - IX ZR 443/00, WM 2002, 2278, 2280 und vom 16. Juni 2009 - XI ZR 145/08, BGHZ 181, 278 Rn. 29).

19 2. Im Ergebnis zu Recht beanstandet die Revision dagegen, das Berufungsgericht habe sich allein mit der auf die Klägerin übergegangenen Darlehensforderung der Sparkasse als der Hauptschuld und der insoweit bestehenden Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten, nicht aber mit dem Ausgleichsverhältnis der Parteien als Bürgen untereinander befasst. Aus diesem Rechtsverhältnis steht der Klägerin nämlich ein eigenständiger, vom Berufungsgericht in der angefochtenen Entscheidung außer Acht gelassener Rückgriffsanspruch gegen den Beklagten entsprechend § 774 Abs. 2, § 426 Abs. 1 BGB zu, der nicht verjährt ist.

20 a) Gemäß § 769 BGB haften mehrere Bürgen, die sich für dieselbe Verbindlichkeit verbürgt haben, als Gesamtschuldner, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernehmen. Nach § 774 Abs. 2 BGB haften Mitbürgen einander nur nach § 426 BGB. Der im Gemeinschaftsverhältnis der mehreren Bürgen wurzelnde originäre Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB tritt selbständig neben den übergeleiteten Anspruch des Gläubigers (§ 426 Abs. 2 BGB) und ist daher von diesem zu unterscheiden (vgl. BGH, Urteile vom 11. Juni 1992 - IX ZR 161/91, WM 1992, 1312, 1313 und vom 13. Januar 2000 - IX ZR 11/99, WM 2000, 408, 409; allgemein s. BGH, Urteil vom 30. Oktober 1980 - III ZR 132/79, NJW 1981, 681).

21 b) Allerdings setzt der bereits mit Begründung der Gesamtschuld entstehende (BGH, Urteil vom 11. Juni 1992 - IX ZR 161/91, WM 1992, 1312, 1313 mwN) Anspruch auf internen Verlustausgleich zwischen mehreren Bürgen deren Stellung als Mitbürgen voraus. Ausfallbürge und Regelbürge sind jedoch nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung (BGH, Urteile vom 15. Mai 1986 - IX ZR 96/85, WM 1986, 961, 963 und vom 14. Juli 1983 - IX ZR 40/82, BGHZ 88, 185, 188, 190) und Schrifttum (MünchKommBGB/Habersack, 5. Aufl., § 769 Rn. 3; Erman/Herrmann, BGB, 13. Aufl., § 769 Rn. 3; Bamberger/Roth/Rohe, BGB, 3. Aufl., § 774 Rn. 15; Jauernig/Stadler, BGB, 14. Aufl., § 769 Rn. 2) keine Mitbürgen im Sinne von § 769 BGB.

22 Bei einer Ausfallbürgschaft hat der Ausfallbürge dem Gläubiger im Regelfall von vornherein nur für den Fehlbetrag einzustehen, mit dem der Gläubiger bei der Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen des Hauptschuldners und der Verwertung etwaiger anderer Sicherheiten trotz Anwendung gehöriger Sorgfalt endgültig ausfällt (BGH, Urteile vom 12. Januar 1972 - VIII ZR 26/71, WM 1972, 335, 337, vom 18. Oktober 1978 - VIII ZR 278/77, WM 1978, 1267 f., vom 2. Februar 1989 - IX ZR 99/88, NJW 1989, 1484, 1485, vom 25. Juni 1992 - IX ZR 24/92, WM 1992, 1444, 1445, vom 19. März 1998 - IX ZR 120/97, WM 1998, 976, 979 und vom 10. Dezember 1998 - IX ZR 156/98, WM 1999, 173, 177). Im Gegensatz zur gewöhnlichen Bürgschaft ist der Ausfallbürge daher nicht auf die Einrede der Vorausklage angewiesen (BGH, Urteil vom 2. Februar 1989 - IX ZR 99/88, NJW 1989, 1484, 1485; s. auch Senatsurteil vom 18. September 2007 - XI ZR 447/06, WM 2007, 2230 Rn. 11). Seine Haftung ist vielmehr schon wesensmäßig subsidiär (BGH, Urteil vom 25. Juni 1992 - IX ZR 24/92, WM 1992, 1444, 1445) und stellt im Allgemeinen das Gegenteil der selbstschuldnerischen Bürgschaft dar (BGH, Urteil vom 19. März 1998 - IX ZR 120/97, WM 1998, 976, 979). Dass im Streitfall eine - grundsätzlich mögliche (vgl. BGH, Urteil vom 25. Juni 1992 - IX ZR 24/92, WM 1992, 1444,

1445) - Vereinbarung über einen vom Regelfall abweichenden Umfang der Ausfallhaftung der Klägerin getroffen wurde, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

23 Mit Rücksicht auf die bloß subsidiäre Haftung des Ausfallbürgen fehlt es deshalb an dem für die Gesamtschuld konstitutiven (vgl. nur Palandt/ Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 421 Rn. 7) Merkmal der Gleichstufigkeit seiner Eintrittspflicht mit derjenigen des Regelbürgen.

24 c) Die im Verhältnis zum Regelbürgen bestehende Subsidiarität der Eintrittspflicht des Ausfallbürgen schließt gleichwohl einen internen Ausgleichsanspruch des Ausfall- gegenüber dem Regelbürgen entsprechend der Rechtslage unter Mitbürgen nicht aus. Im Gegenteil gebietet sie sogar die Zuerkennung eines solchen Anspruchs in entsprechender Anwendung von § 774 Abs. 2, § 426 Abs. 1 BGB. Denn andernfalls würde die bei der Ausfallbürgschaft beabsichtigte Privilegierung des Ausfallbürgen geradezu in ihr Gegenteil verkehrt und der Ausfallbürge eben wegen dieser Privilegierung im Ergebnis deutlich schlechter als ein Regelbürge behandelt, obwohl er aufgrund seiner bloß subsidiären Haftung besonderen Schutz genießen soll.

25 aa) Die Vereinbarung einer Ausfallbürgschaft verstärkt, wie vorstehend unter b) dargestellt, lediglich die in § 771 BGB bereits angelegte Subsidiariät der Bürgenhaftung. Die Ausfallbürgschaft soll nicht den Regelbürgen, der für den dem Hauptschuldner gewährten Kredit ohnehin stets einzustehen hat, begünstigen, sondern vielmehr den Kreditgeber gegen das Risiko der Leistungsunfähigkeit des vorrangig haftenden Regelbürgen absichern. Wollte man angesichts dessen dem Ausfallbürgen den eigenständigen Ausgleichsanspruch entsprechend § 774 Abs. 2, § 426 Abs. 1 BGB gegen den Regelbürgen versagen, würde dies zu dem sachwidrigen Ergebnis führen, dass der - im Verhältnis zum

Regelbürgen gerade privilegierte - Ausfallbürge hinsichtlich seiner Regressmöglichkeiten schlechter stünde als der Regelbürge. Während nämlich der Ausfallbürge dann insoweit ausschließlich auf die mit der Befriedigung des Gläubigers kraft Gesetzes (§ 774 Abs. 1 Satz 1 BGB) auf ihn übergehende Hauptforderung nebst den diesbezüglichen Sicherungsrechten (§§ 412, 401 BGB), insbesondere also die - ggf. Einreden und Einwendungen aus diesem Rechtsverhältnis ausgesetzte - Bürgschaftsforderung gegen den Regelbürgen zurückgreifen könnte, stünde Regelbürgen untereinander daneben noch der originäre, von dem aufgrund der Legalzession übergeleiteten Anspruch zu trennende selbständige Ausgleichsanspruch gemäß § 426 Abs. 1 BGB zur Verfügung. Sind aber mehrere Regelbürgen untereinander nach § 426 Abs. 1 BGB ausgleichspflichtig, muss das zu Gunsten des im Verhältnis zu einem Regelbürgen lediglich nachrangig haftenden Ausfallbürgen daher erst recht gelten. Dass der den Gläubiger befriedigende Ausfallbürge beim vorrangig haftenden Regelbürgen dabei nicht nur anteilig, sondern in vollem Umfang Rückgriff nehmen kann, folgt daraus, dass insoweit im Verhältnis von Regel- und Ausfallbürge wegen der vorrangigen Haftung des Ersteren im Sinne von § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB "ein anderes bestimmt ist".

26 bb) Soweit Rechtsprechung und Literatur sich mit dem Verhältnis von Ausfall- und Regelbürgen befassen, werden keine rechtlichen Gesichtspunkte aufgezeigt, die für die hier in Rede stehende Konstellation der Befriedigung des Gläubigers durch den Ausfallbürgen einem auf vollständigen Ersatz gerichteten internen Rückgriffsanspruch gegen den Regelbürgen in entsprechender Anwendung von § 774 Abs. 2, § 426 Abs. 1 BGB entgegen stehen.

27 (1) Das gilt zunächst insoweit, als hierbei lediglich für den - umgekehrten - Fall der Befriedigung des Gläubigers durch den Regelbürgen eine gemäß § 774 Abs. 1, §§ 401, 412 BGB mit dem Übergang der Hauptforde-

rung erfolgende Übertragung der Bürgschaftsforderung gegen den Ausfallbürgen auf den Regelbürgen verneint (vgl. hierzu Erman/Herrmann, BGB, 13. Aufl., § 769 Rn. 3; Soergel/Pecher, BGB, 12. Aufl., § 769 Rn. 11; Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, 8. Aufl., Rn. 387; Auernhammer, BB 1958, 973) oder auch ein davon zu trennender eigener Ausgleichsanspruch des Regelbürgen nach § 774 Abs. 2, § 426 Abs. 1 BGB abgelehnt wird (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 15. Mai 1986 - IX ZR 96/85, WM 1986, 961 ff.; Staudinger/Horn, BGB (1997), § 774 Rn. 59; Janssen, BB 1953, 1039; Weber, BB 1971, 333, 336).

28 Dass der vorrangig haftende Regelbürge im Falle seiner Inanspruchnahme durch den Gläubiger nicht bei dem von vornherein nur subsidiär eintrittspflichtigen Ausfallbürgen Rückgriff nehmen kann, liegt ohne weiteres auf der Hand. Einem internen Rückgriff in umgekehrter Richtung steht dies indes nicht entgegen.

29 (2) Für diese hier vorliegende Sachverhaltskonstellation wird demgegenüber ein selbständiger Ausgleichsanspruch des leistenden Ausfallbürgen gegen den Regelbürgen aus § 774 Abs. 2, § 426 Abs. 1 BGB vereinzelt sogar ausdrücklich bejaht (OLG Naumburg, OLGR 2001, 60, 62 unter insoweit unzutreffendem Verweis auf BGH, Urteil vom 15. Mai 1986 - IX ZR 96/85, WM 1986, 961, 963; s. auch Staudinger/Horn, BGB (1997), § 774 Rn. 59).

30 (3) Soweit schließlich der Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen vom 14. Juli 1983 (IX ZR 40/82, BGHZ 88, 185, 188, 190) und 15. Mai 1986 (IX ZR 96/85, WM 1986, 961, 963) von einem mangels Gleichstufigkeit der jeweiligen Verpflichtungen fehlenden Gesamtschuldverhältnis zwischen dem Regel- und dem Ausfallbürgen ausgegangen ist, war diese Erwägung im erstgenannten Urteil nicht tragend und in der späteren Entscheidung ersichtlich auf den dort allein zu beurteilenden Fall eines etwaigen Rückgriffs des Regel- ge-

gen den Ausfallbürgen bezogen. Sie kann deshalb einem internen Ausgleichsanspruch der Klägerin als Ausfallbürgin gegen den Beklagten als Regelbürgen entsprechend § 774 Abs. 2, § 426 Abs. 1 BGB von vornherein nicht entgegenstehen.

31 d) Gegenüber diesem Anspruch greift die vom Beklagten erhobene Verjährungseinrede nicht durch. Hinsichtlich dieses Regressanspruchs konnte schon deshalb nicht gemäß § 195 BGB nF i. V. m. Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB mit Ablauf des 31. Dezember 2004 Verjährung eintreten, weil er bereits zuvor rechtshängig geworden war. Der auf der Stellung des Beklagten als vorrangig haftender Regelbürge beruhende interne Ausgleichsanspruch ist Gegenstand der vorliegenden Klage, mit der die Klägerin ausweislich der Anspruchsbegründung vom 21. Oktober 2002 den Beklagten "aus der von ihm übernommenen selbstschuldnerischen Bürgschaft" in Anspruch nimmt.

32 3. Die Revision wendet sich gegen das angefochtene Urteil darüber hinaus mit der weiteren Erwägung, die Klägerin müsse mit ihrem Anspruch gegen den Beklagten selbst dann durchdringen, wenn man ihr nur den nach § 774 Abs. 1 BGB übergegangenen Anspruch der Sparkasse gegen die Hauptschuldnerin zubillige und demgegenüber einen eigenständigen Ausgleichsanspruch verneine. Dem Beklagten sei gegenüber einem Bürgenregress die Berufung auf den zwischenzeitlichen Eintritt der Verjährung der Hauptforderung verwehrt, weil die bloß subsidiär haftende Klägerin im Jahre 1982, d. h. in unverjährter Zeit, nur wegen der damaligen Zahlungsunfähigkeit des vorrangig eintrittspflichtigen Beklagten aus der Ausfallbürgschaft in Anspruch genommen worden sei. Ob dieser Argumentation gefolgt werden könnte, bedarf mit Rücksicht auf die Ausführungen unter 2. keiner Entscheidung.

III.

33 Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

34 Das Berufungsgericht hat sich - von seinem Standpunkt aus zu Recht - in der angefochtenen Entscheidung ausschließlich mit der Verjährungsfrage befasst und zu den vom Beklagten im Berufungsverfahren gegen die Klageforderung im Übrigen erhobenen Einwänden keine Feststellungen getroffen. Es hatte ausweislich seines Hinweisbeschlusses vom 25. November 2005 zunächst beabsichtigt, die Berufung des Beklagten gemäß § 522 Abs. 2 ZPO (in der damals geltenden Fassung) zurückzuweisen, hat sich hieran aber durch die daraufhin vom Beklagten erhobene Verjährungseinrede letztlich gehindert gesehen. Dem Hinweisbeschluss ist zwar zu entnehmen, dass und aus welchen Gründen das Berufungsgericht seinerzeit dem Rechtsmittel des Beklagten ursprünglich keine

Erfolgsaussicht beimaß. Bindende tatrichterliche Feststellungen, die im Sinne von § 559 ZPO Grundlage einer abschließenden Entscheidung des Revisionsgerichts sein könnten, liegen damit aber insoweit noch nicht vor.

Wiechers Mayen Grüneberg

Maihold Pamp

Vorinstanzen:
LG Darmstadt, Entscheidung vom 02.06.2004 - 17 O 219/03 -
OLG Frankfurt in Darmstadt, Entscheidung vom 05.04.2006 - 13 U 140/04 -