

Fundstelle

openJur 2022, 4455

Rkr: AmtlSlg:

Ein formularmäßiger Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB im Bürgschaftsvertrag benachteiligt den Bürgen nicht gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen (Fortführung von BGH, Urteil vom 19. September 1985 - III ZR 214/83, BGHZ 95, 350).

Tenor

¹ Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 14. Mai 2020 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

² Von Rechts wegen

Tatbestand

³ Die Klägerin nimmt die beklagte Versicherung aus einer Gewährleistungsbürgschaft auf Zahlung von 18.970,03 € in Anspruch.

⁴ Die Klägerin beauftragte die H. GmbH (im Folgenden: Hauptschuldnerin) am 15. Februar 2013 mit Bauleistungen an einer Lüftungs- und Kälteanlage. Sie und die Hauptschuldnerin vereinbarten einen durch eine Bankbürgschaft ablösbaren Gewährleistungseinbehalt in Höhe von 5% der Bausumme. In dem von der Klägerin hierzu vorgegebenen Formular heißt es u.a.:

⁵ "Auf die Einreden der Anfechtung, der Aufrechnung sowie der Vorausklage gemäß den §§ 770, 771 BGB wird verzichtet. Der Verzicht auf die Einrede der Aufrechnung gilt nicht für unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen des Hauptschuldners."

⁶ Am 26. November 2013 nahm die Klägerin die Werkleistungen der Hauptschuldnerin ab und zahlte die Schlussrechnung. Die Hauptschuldnerin löste den vereinbarten Gewährleistungseinbehalt durch Vorlage einer selbstschuldnerischen Bürgschaft der Beklagten vom 21. Januar 2015 über 18.970,03 € ab. Entsprechend den von der Klägerin gegenüber der Hauptschuldnerin formularmäßig gemachten Vorgaben erklärte die Beklagte in ihrem Bürgschaftsformular den Verzicht auf die vorgenannten Einreden.

⁷ Am 8. November 2017 zeigte die Klägerin der Hauptschuldnerin verschiedene zuvor von einem Gutachter an den Leistungen der Hauptschuldnerin festgestellte Mängel an und forderte die Hauptschuldnerin unter Fristsetzung erfolglos zur Mangelbeseitigung auf. Die Kosten für die Beseitigung der Mängel bezifferte der Gutachter auf 405.720 €.

⁸ Die Beklagte meint, die zwischen der Klägerin und der Hauptschuldnerin getroffene Sicherungsvereinbarung sei unwirksam, weil in der von der Hauptschuldnerin zu stellenden Gewährleistungsbürgschaft auf die Einrede der Anfechtbarkeit verzichtet werden müsse.

⁹ Die Klage auf Zahlung der Bürgschaftssumme von 18.970,03 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe der Bürgschaftsurkunde hat in den Vorinstanzen Erfolg gehabt. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Gründe

¹⁰ Die Revision hat keinen Erfolg.

¹¹ I.

¹² Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung (MDR 2020, 1002 f.) im Wesentlichen ausgeführt:

- ¹³ Die Klägerin habe gegen die Beklagte aus §§ 765, 767 BGB einen Anspruch in der geltend gemachten Höhe. Der Beklagten stehe keine Einrede aus §§ 821, 768 BGB zu, weil der in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin vorgesehene Verzicht des Bürgen auf die Einrede der Anfechtbarkeit keine unangemessene Benachteiligung der Hauptschuldnerin im Sinne von § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB darstelle. Die Einrede gewinne nur Bedeutung, wenn der Bürge in Anspruch genommen werde und der Hauptschuldner die Anfechtung noch nicht erklärt habe. Das könne allein bei einer Anfechtung nach § 123 BGB der Fall sein. Dass der Gläubiger dem Bürgen die sich hieraus ergebenden Nachteile aufbürde, begründe keinen Verstoß gegen Treu und Glauben, zumal dem Bürgen die Arglisteinrede nach §§ 853, 768 Abs. 1 Satz 1 BGB zustehe, wenn der Gläubiger bei Abschluss des Hauptvertrags eine unerlaubte Handlung begangen habe. Dem stehe weder entgegen, dass nicht mit jeder Anfechtbarkeit nach § 123 BGB zugleich eine unerlaubte Handlung bei Abschluss des Hauptvertrags einhergehe noch, dass es kaum zu billigen sei, dem Gläubiger im Fall einer arglistigen Täuschung den Anspruch auf Auszahlung der Bürgschaftssumme zu belassen. Die dieser Argumentation zugrunde liegende Situation, in der ein arglistig Getäuschter vorübergehend bewusst von einer Anfechtung absehe, ohne mit dem Gläubiger einen zumindest zeitweisen Verzicht der Inanspruchnahme des Bürgen zu vereinbaren, habe kaum praktische Bedeutung.
- ¹⁴ Der Gläubiger habe auch ein berechtigtes Interesse an dem Verzicht des Bürgen auf die Einrede der Anfechtbarkeit, da die unberechtigte Geltendmachung einer solchen Einrede zu einer erheblichen Verzögerung der Zahlung und damit zu einem vorübergehenden Verzicht auf Liquidität führen könne. Dass sowohl der Hauptschuldner als auch der Bürge für das Vorliegen der Anfechtungsvoraussetzungen darlegungs- und beweispflichtig seien, hindere das Verzögerungspotential kaum.
- ¹⁵ Letztlich sei das Interesse des Gläubigers, nicht wegen einer zu Unrecht vom Bürgen eingewandten Anfechtbarkeit nach § 123 BGB mit einer Zahlungsverzögerung konfrontiert zu werden, gegen das Interesse des Hauptschuldners abzuwägen, trotz einer bestehenden Anfechtbarkeit der Hauptforderung infolge eines Rückgriffs des Bürgen zur Zahlung verpflichtet zu sein. Bei dieser Abwägung würden jedenfalls dann, wenn der Bürge, wie hier, das Wahlrecht zwischen einem Gewährleistungseinbehalt und einer zu stellenden Bürgschaft mit Einredeverzicht habe, die Interessen des Gläubigers überwiegen. Denn dem Hauptschuldner stehe es frei, den Gewährleistungseinbehalt durch eine Bürgschaft abzulösen oder hiervon abzusehen. Der Hauptschuldner habe außerdem im Fall einer im Raum stehenden arglistigen Täuschung des Gläubigers die Möglichkeit, den Vertrag anzufechten oder eine Stillhaltevereinbarung mit dem Gläubiger zu treffen.
- ¹⁶ II.
- ¹⁷ Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist.
- ¹⁸ Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass der Klägerin der geltend gemachte Zahlungsanspruch aus der Gewährleistungsbürgschaft nach § 765 BGB zusteht. Es hat das Bestehen einer dauernden Einrede der Beklagten gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1, § 821 BGB gegen den Zahlungsanspruch der Klägerin aus der Gewährleistungsbürgschaft im Ergebnis zu Recht verneint.
- ¹⁹ 1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann sich der Bürge, wenn er die Haftung übernommen hat, obwohl die zugrunde liegende Sicherungsvereinbarung zwischen Hauptschuldner und Gläubiger unwirksam ist, gegenüber einem Leistungsverlangen des Gläubigers gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1, § 821 BGB dauerhaft auf die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede und damit auf die Einrede des Hauptschuldners berufen, so dass der Gläubiger die Inanspruchnahme des Bürgen zu unterlassen hat (BGH, Urteile vom 23. Januar 2003 - VII ZR 210/01, BGHZ 153, 311, 316f., vom 12. Februar 2009 -VII ZR 39/08, BGHZ 179, 374 Rn. 9, vom 1. Oktober 2014 -VII ZR 164/12, WM 2015, 844 Rn. 15, vom 22. Januar 2015 -VII ZR 120/14, WM 2015, 1076 Rn. 14; Senatsurteil vom 24. Oktober 2017 - XI ZR 600/16, BGHZ 216, 288 Rn. 14). Das folgt aus dem Sinn und Zweck des Akzessorietätsgedankens, der sicherstellen soll, dass der Bürge grundsätzlich nicht mehr zu leisten hat als der Hauptschuldner (BGH, Urteil vom 23. Januar 2003, aaO; Senatsurteil vom 24. Oktober 2017 -XI ZR 362/15, BGHZ 216, 274 Rn. 23 mwN).
- ²⁰ 2. Die zwischen der Klägerin und der Hauptschuldnerin getroffene Sicherungsvereinbarung ist - entgegen der Meinung der Revision - allerdings nicht deswegen gemäß § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, weil die Klägerin der Hauptschuldnerin formularmäßig vorgegeben hat, der Bürge habe in der von der Hauptschuldnerin zu stellenden Gewährleistungsbürgschaft u.a. auf die Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB zu verzichten. In diesem Verlangen der Klägerin liegt, wie das Berufungsgericht im Ergebnis richtig erkannt hat, keine entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessene Benachteiligung der Hauptschuldnerin.

- ²¹ a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt ein in einem Vertrag über Bauleistungen formularmäßig vereinbarter Gewährleistungseinbehalt dann nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung des Werkunternehmers, wenn ein fairer Ausgleich dafür vorgesehen ist, dass er den Werklohn nicht sofort ausgezahlt erhält, das Bonitätsrisiko des Bestellers für die Dauer der Gewährleistungsfrist tragen muss und ihm die Verzinsung des Werklohns vorenthalten wird (BGH, Urteil vom 5. Juni 1997 - VII ZR 324/95, BGHZ 136, 27, 31f.; Senatsurteil vom 24. Oktober 2017 -XI ZR 600/16, BGHZ 216, 288 Rn. 24 mwN). Ausreichend ist es danach, dem Werkunternehmer das Recht einzuräumen, den Einbehalt durch Stellung einer selbstschuldnerischen, unbefristeten Bürgschaft abzulösen (Senatsurteil vom 24. Oktober 2017, aaO mwN). Kein angemessener Ausgleich liegt in dem Zusammenhang vor, wenn eine Bürgschaft auf erstes Anfordern (BGH, Urteile vom 5. Juni 1997, aaO, S. 32 f. und vom 8. März 2001 -IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99, 105; Beschluss vom 24. Mai 2007 - VII ZR 210/06, WM 2007, 1625 Rn. 7) oder eine Bürgschaft, in der auf sämtliche Einreden aus § 768 BGB zu verzichten ist (BGH, Urteil vom 8. März 2001,aaO, S. 104; Senatsurteil vom 16. Juni 2009 - XI ZR 145/08, BGHZ 181, 278 Rn. 24), verlangt wird.
- ²² Eine unangemessene Benachteiligung des Werkunternehmers liegt nach der Senatsrechtsprechung weiter dann vor, wenn der Besteller im Rahmen der Sicherungsabrede die Ablösung des Gewährleistungseinhalts durch eine Bürgschaft verlangt, die einen gegenüber dem Bürgen unzulässigen Regelungsinhalt aufweist (Senatsurteil vom 24. Oktober 2017 - XI ZR 600/16, BGHZ 216, 288 Rn. 23). Das ist insbesondere der Fall, wenn der Bürge in der vom Werkunternehmer zu stellenden Bürgschaft auf die Einrede der Aufrechenbarkeit verzichten soll und davon auch unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen des Hauptschuldners umfasst sind (Senatsurteil vom 24. Oktober 2017, aaO Rn. 25).
- ²³ b) Ein formularmäßig vereinbarter Verzicht des Bürgen auf die Einrede der Anfechtbarkeit nach §770 Abs. 1 BGB stellt demgegenüber keinen unzulässigen Regelungsinhalt einer vom Werkunternehmer zu stellenden Gewährleistungsbürgschaft dar, weil der Bürge durch einen solchen Verzicht nicht gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unangemessen benachteiligt wird.
- ²⁴ aa) Die von der Klägerin gestellte Klausel, nach der der Bürge auf die Einreden der Anfechtung, der Aufrechnung sowie der Vorklage gemäß den §§ 770, 771 BGB zu verzichten hat, ist als Allgemeine Geschäftsbedingung nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden wird (st. Rspr.; siehe nur Senatsurteil vom 16. Juni 2009 - XI ZR 145/08, BGHZ 181, 278 Rn. 19 mwN). Diese objektive Auslegung, die der Senat selbst vornehmen kann (vgl. nur Senatsurteile vom 13. November 2012 - XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298 Rn. 15 mwN und vom 19. Februar 2019 - XI ZR 562/17, WM 2019, 678 Rn. 21), führt hinsichtlich des Verzichts auf die "Einrede der Anfechtung" gemäß § 770 Abs. 1 BGB zu dem Ergebnis, dass der Bürge auf die ihm nach dieser Vorschrift zustehende Einrede verzichtet, wenn dem Hauptschuldner ein gesetzliches Anfechtungsrecht nach den §§ 119 ff. BGB zusteht, das gemäß § 142 Abs. 1 BGB zur Nichtigkeit des die Hauptforderung begründenden Rechtsgeschäfts führt (vgl. OLG München, WM 2008, 442, 443; BeckOGK BGB/Madaus, Stand: 01.12.2021, § 770 Rn. 6). Dieses Verständnis entspricht dem Zweck der Regelung des § 770 Abs. 1 BGB, den Grundsatz der Akzessorietät der Bürgenhaftung auf die Fälle zu erweitern, in denen der Hauptschuldner die durch die Bürgschaft gesicherte Hauptforderung durch eine Anfechtung in ihrer Entstehung beseitigen kann (vgl. Staudinger/Stürner, BGB, Neubearb. 2020, § 770 Rn. 1; Soergel/Gröschler, BGB, 13. Aufl., § 770 Rn. 1).
- ²⁵ bb) Der Bundesgerichtshof hat bereits erkannt, dass der Verzicht des Bürgen auf die Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam vereinbart werden kann (BGH, Urteile vom 19. September 1985 - III ZR 214/83, BGHZ 95, 350, 357 und vom 30. März 1995 -IX ZR 98/94, NJW 1995, 1886, 1888).
- ²⁶ Entgegen der Ansicht der Revision (vgl. auch OLG München, Urteil vom 3. Juni 2014 -9 U 3404/13 Bau, juris Rn. 28 und Beschluss vom 24. September 2018 - 9 U 1903/18 Bau, juris Rn. 16; Nossek, NJW 2015, 1985; Windorfer, NZBau 2017, 460, 461; Ripke, BauR 2020, 1704, 1706 f.) hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 16. September 1993 (VII ZR 206/92, NJW 1993, 3264, 3265) keinen hiervon abweichenden Rechtssatz aufgestellt. Denn gemäß der dieser Entscheidung zugrunde liegenden Klausel verzichtete der Sicherungsgeber nicht lediglich auf die Einrede der Anfechtbarkeit gemäß § 770 Abs. 1 BGB, sondern weitergehend auf die Einrede der Anfechtung. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof eine solche Klausel, die selbst die Berufung des Sicherungsgebers auf die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch den Verwender ausschließt, als unwirksam eingestuft (BGH, Urteil vom 16. September 1993, aaO). Darum geht es hier offensichtlich nicht, da die Beklagte als Bürgin nach der hier im Streit stehenden Klausel lediglich auf die Einrede der Anfechtbarkeit gemäß § 770 Abs. 1 BGB zu verzichten hat. Damit entfällt ihre Bürgschaftsschuld, wenn die Hauptschuldnerin wirksam die Anfechtung des Bauvertrages erklärt und dadurch das Erlöschen der Hauptschuld bewirkt.

- ²⁷ In dem weiteren von der Revision für sich in Anspruch genommenen Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26. April 2001 (IX ZR 337/98, WM 2001, 1330, 1333) wird über den formularmäßigen Verzicht des Bürgen auf die Rechte aus § 776 BGB, nicht aber über den Verzicht auf die Rechte aus § 770 BGB erkannt, so dass die Revision aus dieser Entscheidung ebenfalls nichts Günstiges für sich herleiten kann. Darüber hinaus wird in der zitierten Urteilspassage (aaO) nicht zwischen der Einrede der Anfechtbarkeit (§ 770 Abs. 1 BGB) und der Einrede der Aufrechenbarkeit (§ 770 Abs. 2 BGB) unterschieden. Nur der Verzicht auf Letztere ist unwirksam, wenn er auch unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen des Hauptschuldners umfasst (st. Rspr., Senatsurteil vom 24. Oktober 2017 - XI ZR 600/16, BGHZ 216, 288 Rn. 20 mwN).
- ²⁸ cc) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteile vom 19. September 1985 -III ZR 214/83, BGHZ 95, 350, 357 und vom 30. März 1995 - IX ZR 98/94, NJW 1995, 1886, 1888) zur Wirksamkeit eines klauselmäßigen Verzichts des Bürgen auf die Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB ist in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum teilweise auf Zustimmung (OLG Rostock, NZI 2016, 804 Rn. 53; OLG Düsseldorf, BauR 2018, 858, 860; LG Krefeld, BeckRS 2015, 1202; Grüneberg/Grüneberg, BGB, 81. Aufl., § 307 Rn. 79; BeckOGK BGB/Madaus, Stand: 01.12.2021, § 770 Rn. 33; Nobbe in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 91 Rn. 330; Nobbe in Nobbe, Kommentar zum Kreditrecht, 3. Aufl., § 770 Rn. 4; Hüttemann, Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Kreditbürgschaft, 2020, S. 149 f.; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 10. Aufl., Rn. 996; MünchKommBGB/Wurmnest, 8. Aufl., § 307 Rn. 233; Staudinger/Stürner, BGB, Neubearb. 2020, § 770 Rn. 17; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., (15) Bürgschaftsverträge Rn. 9; Koos, IBR 2020, 457; Wittler/Zander, NJW 2021, 32, 34; Wolff in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Aufl., M. Sicherung der Ansprüche aus dem Bauvertrag Rn. 146; Piekenbrock in BuB, Stand: April 2021 Rn. 4/1127c; Jauernig/Stadler, BGB, 18. Aufl., § 770 Rn. 3; Schulze/Staudinger, BGB, 10. Aufl., § 770 Rn. 2; Förster, WM 2010, 1677, 1680; Lettl, WM 2000, 1316, 1324; Weber, Kreditsicherungsrecht, 10. Aufl., S. 70; Moufang/Koos in Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Aufl., § 17 Abs. 4 Rn. 213; Horst, NZM 2018, 889, 895; Kiefner/Bizer, JuS 2020, 593, 597; Brödermann in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 16. Aufl., § 770 Rn. 5) und teilweise auf Kritik gestoßen (Fischer/Ganter/Kirchhof, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 33, 46; MünchKommBGB/Habersack, 8. Aufl., § 770 Rn. 3; Ripke, IBR (online) 2015, 1016; ders. BauR 2020, 1704, 1707; Steinwachs, ZinsO 2019, 1393, 1400; Vogel, IBR 2019, 71; Graf von Westphalen, NJW 2020, 2225 Rn. 18 f.; ders. WM 1984, 1589, 1591; Windorfer, NZBau 2017, 460, 462; Tiedtke/Holthusen, WM 2007, 93, 97 f.; BeckOK BGB/H. Schmidt, 60. Ed., Stand: 01.11.2021, § 307 Rn. 164; Erman/Zetzsche, BGB, 16. Aufl., § 770 Rn. 3; Prütting in Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 770 Rn. 7; Thelen/Thelen, ZIP 2018, 901, 903; Jousen in Ingenstau/Korbion/Leupertz/von Wietersheim, VOB Teile A und B, 21. Aufl., § 17 Abs. 4 VOB/B Rn. 103; Koeble in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl., 9. Teil Rn. 78; Fischer in Lwowski/Fischer/Gehrlein, Das Recht der Kreditsicherung, 10. Aufl., § 9 Rn. 107; Schmidt in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl., 5. Teil, Klauseln (B) Rn. 365; Soergel/Gröschler, BGB, 13. Aufl., § 770 Rn. 16; Tiedtke, JZ 2006, 940, 948; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, 3. Aufl., Rn. 602; Habersack/Schürnbrand, JZ 2003, 848, 849; Nossek, NZBau 2018, 279, 281; BeckOK BGB/Rohe, 60. Ed., Stand: 01.11.2021, § 770 Rn. 4; Schmidt, BauR 2011, 899, 904; Funke, BauR 2010, 969, 971; May, BauR 2007, 187, 200 f.; Vogt in Graf von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 46. EL, Oktober 2020, Bürgschaft Rn. 44).
- ²⁹ dd) Der vorliegende Fall gibt dem Senat keinen Anlass, die bestehende höchstrichterliche Rechtsprechung in Zweifel zu ziehen, nach der ein klauselmäßig vereinbarter genereller Verzicht des Bürgen auf die Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB wirksam ist (BGH, Urteile vom 19. September 1985 -III ZR 214/83, BGHZ 95, 350, 357 und vom 30. März 1995 - IX ZR 98/94, NJW 1995, 1886, 1888, jeweils zu § 9 AGBG aF). Denn der Bürge wird durch einen solchen Verzicht nicht gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unangemessen benachteiligt.
- ³⁰ Eine unangemessene Benachteiligung nach dieser Vorschrift setzt u.a. voraus, dass die Abweichung vom dispositiven Recht für den Vertragspartner Nachteile von einigem Gewicht begründet (vgl. BGH, Urteile vom 6. November 2013 - KZR 58/11, BGHZ 199, 1 Rn. 66 und vom 14. Juli 2016 -III ZR 387/15, WM 2017, 779 Rn. 9). Daran fehlt es hier, weil die Einrede nach § 770 Abs. 1 BGB für den Bürgen praktisch keine Bedeutung hat, so dass mit einem Verzicht auf diese Einrede kein erheblicher Nachteil für ihn verbunden ist.

- ³¹ (1) Wie der Bundesgerichtshof (Urteil vom 19. September 1985 -III ZR 214/83, BGHZ 95, 350, 357) bereits ausgeführt hat, bleibt das Bestehen eines Anfechtungsrechts ohne Einfluss auf die Wirksamkeit der Hauptverbindlichkeit, solange der Hauptschuldner es noch nicht ausgeübt hat. Der Ausschluss der Einrede aus § 770 Abs. 1 BGB lässt den Grundsatz der Akzessorietät daher unangetastet (BGH, aaO). Sobald der Hauptschuldner den mit dem Gläubiger geschlossenen Vertrag wirksam angefochten hat, erlischt die Hauptschuld und damit auch die Bürgschaftsschuld, was der Bürge nach § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB gegenüber dem Gläubiger einwenden kann. In den Fällen der Irrtumsanfechtung (§119 BGB) ist die Einrede aus § 770 Abs. 1 BGB von vornherein bedeutungslos, weil das Anfechtungsrecht des Hauptschuldners nach § 121 BGB erlischt, wenn dieser es nicht unverzüglich nach der Kenntniserlangung ausübt (BGH, aaO).
- ³² Nur bei einer Anfechtbarkeit nach § 123 BGB kann es wegen der einjährigen Anfechtungsfrist des § 124 BGB zu einem Schwebezustand kommen, in dem Gläubiger und Bürge nicht wissen, ob die Bürgschaftsverpflichtung endgültigen Bestand hat oder nicht (BGH, Urteil vom 19. September 1985 - III ZR 214/83, BGHZ 95, 350, 357). Das mit diesem Schwebezustand für den Bürgen verbundene Risiko, von dem Gläubiger auf Zahlung in Anspruch genommen zu werden, obwohl der Hauptschuldner im weiteren Verlauf erfolgreich die Anfechtung gemäß § 123 BGB noch innerhalb der Jahresfrist des § 124 Abs. 1 BGB erklärt, stellt für den Bürgen allerdings keinen gewichtigen Nachteil dar (vgl. Hüttemann, Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Kreditbürgschaft, 2020, S. 149; Piekenbrock in BuB, Stand: April 2021, Rn. 4/1127b). Wie der Bundesgerichtshof bereits erkannt hat, kann der Bürge in solchen Fällen dem Anspruch des Gläubigers aus § 765 BGB regelmäßig die Arglisteinrede des Hauptschuldners nach § 853 BGB entgegenhalten, die ihm nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB zusteht und die durch den Verzicht auf die Einrede nach § 770 Abs. 1 BGB nicht ausgeschlossen ist (vgl. BGH, aaO). Soweit die Revision hiergegen einwendet, dass die Arglisteinrede nach § 853 BGB nicht allein auf das Vorliegen der Voraussetzungen des Anfechtungstatbestands des § 123 BGB gestützt werden kann, sondern weitere Umstände hinzukommen müssen, trifft dies zwar zu, weil nicht jede Täuschungshandlung zugleich als unerlaubte Handlung im Sinne der § 823 Abs. 2, § 826 BGB einzustufen ist (vgl. BGH, Urteil vom 29. Januar 1969 -IV ZR 518/68, NJW 1969, 604, 605). Im Schrifttum wird aber zu Recht darauf hingewiesen, dass die Einrede aus § 770 Abs. 1 BGB auch vor diesem Hintergrund praktisch keinen Anwendungsbereich hat (vgl. BeckOGK BGB/Madaus, Stand: 01.12.2021, § 770 Rn. 17; Piekenbrock in BuB, Stand: April 2021, Rn. 4/1127b; Hüttemann, Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Kreditbürgschaft, 2020, S. 145 f.). Das räumen auch die Vertreter der Gegenansicht ein (vgl. Graf von Westphalen, WM 1984, 1589, 1591; Jousen in Ingenstau/Korbion/Leupertz/von Wietersheim, VOB Teile A und B, 21. Aufl., § 17 Abs. 4 VOB/B Rn. 103; Schmidt in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl., 5. Teil, Klauseln (B) Rn. 365; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, 3. Aufl., Rn. 602; Tiedtke/Holthusen, WM 2007, 93, 98; Nossek, NJW 2015, 1985, 1990; Soergel/Gröschler, BGB, 13. Aufl., § 770 Rn. 3). Fehlt es aber an einem praktischen Anwendungsbereich der Einrede aus § 770 Abs. 1 BGB, kann deren formularmäßiger Ausschluss für den Bürgen keinen ins Gewicht fallenden Nachteil darstellen, so dass mit dem Ausschluss auch keine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB verbunden ist.
- ³³ Hierfür spricht weiter, dass der Bürge mit der Einrede aus § 770 Abs. 1 BGB ohnehin nicht verhindern kann, dass der Hauptschuldner die einjährige Anfechtungsfrist des § 124 Abs. 1 BGB ungenutzt verstreichen lässt, so dass ihm diese Einrede selbst bei Vorliegen einer arglistigen Täuschung nur zu einer äußerst schwachen Rechtsposition verhilft (vgl. Nobbe in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 91 Rn. 330; Nobbe in Nobbe, Kommentar zum Kreditrecht, 3. Aufl., § 770 Rn. 4; Piekenbrock in BuB, Stand: April 2021 Rn. 4/1127c; Soergel/Gröschler, BGB, 13. Aufl., § 770 Rn. 1; vgl. zu § 770 Abs. 2 BGB bereits BGH, Urteil vom 16. Januar 2003 -IX ZR 171/00, BGHZ 153, 293, 300). Die stärkere peremptorische Arglisteinrede nach §§ 853, 768 Abs. 1 Satz 1 BGB steht dem Bürgen demgegenüber nicht nur bereits während des Laufs der einjährigen Anfechtungsfrist zur Seite, sondern selbst dann noch, wenn die Schadensersatzforderung des Hauptschuldners aus unerlaubter Handlung gegen den Gläubiger verjährt ist.

³⁴ (2) Entgegen der Meinung der Revision und einer im Schrifttum teilweise vertretenen Auffassung (vgl. Ripke, BauR 2020, 1704, 1707; Graf von Westphalen, WM 1984, 1589, 1591; Windorfer, NZBau 2017, 460, 462; Tiedtke/Holthusen, WM 2007, 93, 97 f.; BeckOK BGB/H. Schmidt, 60. Ed., Stand: 01.11.2021, § 307 Rn. 164; Fischer/Ganter/Kirchhof, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 33, 46; Erman/Zetzsche, BGB, 16. Aufl., § 770 Rn. 3; Jousen in Ingenstau/Korbion/Leupertz/von Wietersheim, VOB Teile A und B, 21. Aufl., § 17 Abs. 4 VOB/B Rn. 103; Fischer in Lwowski/Fischer/Gehrlein, Das Recht der Kreditsicherung, 10. Aufl., § 9 Rn. 107; Schmidt in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl., 5. Teil, Klauseln (B) Rn. 365; Soergel/Gröschler, BGB, 13. Aufl., § 770 Rn. 16; Tiedtke, JZ 2006, 940, 948; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, 3. Aufl., Rn. 602; BeckOK BGB/Rohe, 60. Ed., Stand: 01.11.2021, § 770 Rn. 4; Funke, BauR 2010, 969, 971) kann eine Unwirksamkeit des formularmäßigen Verzichts des Bürgen auf die Einrede aus § 770 Abs. 1 BGB nicht mit der fehlenden Schutzbedürftigkeit eines den Hauptschuldner arglistig täuschenden Gläubigers begründet werden (zutreffend Hüttemann, Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Kreditbürgschaft, 2020, S. 149 f.; BeckOGK BGB/Madaus, Stand: 01.12.2021, § 770 Rn. 33). Denn zwischen dem Fehlen der Schutzbedürftigkeit des arglistig täuschenden Gläubigers auf der einen Seite und dem Vorliegen eines für eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB erforderlichen gewichtigen Nachteils auf der Seite des Bürgen besteht keinerlei Zusammenhang. Die normative Einstufung einer Vertragspartei als nicht schutzwürdig wegen eines gegenüber einem Dritten, dem Hauptschuldner, gezeigten Fehlverhaltens bedeutet für sich genommen nicht, dass der anderen Vertragspartei, dem Bürgen, durch dieses Fehlverhalten zugleich ein Nachteil entsteht.

³⁵ (3) Schließlich verfängt auch die von der Revision vorgebrachte und teilweise im Schrifttum (vgl. BeckOK BGB/Rohe, 60. Ed., Stand: 01.11.2021, § 770 Rn. 4; Leyens in Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl., § 349 Rn. 4; Schmidt, BauR 2011, 899, 904; Funke, BauR 2010, 969, 971; May, BauR 2007, 187, 200) vertretene Argumentation nicht, der vom Bürgen formularmäßig erklärte Verzicht auf die Einrede der Anfechtbarkeit sei deswegen gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, weil er keine Ausnahmen zulasse, wenn die Anfechtungsgründe unbestritten oder rechtskräftig festgestellt seien. Die für den formularmäßigen Verzicht des Bürgen auf die Einrede der Aufrechenbarkeit nach § 770 Abs. 2 BGB geltende Rechtsprechung (Senatsurteil vom 24. Oktober 2017 - XI ZR 600/16, BGHZ 216, 288 Rn. 20 mwN), nach der ein solcher Verzicht unwirksam ist, wenn davon auch unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen des Hauptschuldners umfasst sind, lässt sich nicht auf den formularmäßigen Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB übertragen.

³⁶ Diese Rechtsprechung beruht auf der Erwägung, dass ein formularmäßiger genereller Ausschluss der Einrede des Bürgen nach § 770 Abs. 2 BGB vergleichbar mit einer durch § 309 Nr. 3 BGB verbotenen Bestimmung ist, die dem Vertragspartner des Klauselverwenders die Befugnis nimmt, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen (BGH, Urteil vom 16. Januar 2003 - IX ZR 171/00, BGHZ 153, 293, 299 f.; Senatsurteil vom 24. Oktober 2017 - XI ZR 600/16, BGHZ 216, 288 Rn. 21). Eine entsprechende Regelung zur Anfechtbarkeit enthält der Katalog der Klauselverbote nach § 309 BGB demgegenüber nicht. In Ermangelung eines solchen Verbots kann - entgegen der Meinung der Revision - nicht darauf geschlossen werden, dass ein genereller formularmäßiger Verzicht auf die Einrede nach § 770 Abs. 1 BGB den Bürgen deswegen unangemessen benachteiligt, weil die Einrede auch dann ausgeschlossen ist, wenn ein unbestrittener oder rechtskräftig festgestellter Anfechtungsgrund vorliegt. Wie der Senat bereits ausgeführt hat (siehe oben (1)), ist die Einrede nach § 770 Abs. 1 BGB auch in den Fällen einer vom Gläubiger begangenen arglistigen Täuschung wegen der dem Bürgen dann regelmäßig zustehenden Arglisteinrede (§§ 853, 768 Abs. 1 Satz 1 BGB) praktisch bedeutungslos, so dass es aus dessen Sicht im Ergebnis keinen Unterschied macht, ob der Anfechtungsgrund unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist oder ob dies nicht der Fall ist.

³⁷ Ellenberger

³⁸ Matthias

³⁹ Schild von Spannenberg

⁴⁰ Ettl

⁴¹ Allgayer