

*Herausgeber:*

RA Dr. Bruno M. Kübler,  
Köln/Dresden  
(Geschäftsführender Herausgeber)

Prof. Roland Böttcher, Berlin  
RA Peter Depré, Mannheim  
Notar a. D. Prof. Dr. Dr. Herbert  
Grziwotz, Regen  
Prof. Dr. Wolfgang Lücke, Leipzig  
Prof. Dr. Johanna Schmidt-Räntsch,  
Berlin  
Notar Prof. Dr. Maximilian Zimmer,  
Wernigerode

In Verbindung mit der  
Arbeitsgruppe Zwangsverwaltung  
der ARGE Insolvenzrecht  
und Sanierung im DAV

*Ulrich Keller*

Aktuelle Rechtsprechung zur Zwangs-  
verwaltung im Jahre 2021 S. 209

*Maximilian Schneider*

Eine bloß partielle Erweiterung der Prokura? S. 216

*BGH, 28. 1. 2022*

Keine Geltendmachung des Anspruchs auf  
Unterlassung zweckwidriger Nutzung von  
Wohnungseigentum durch einzelnen Woh-  
nungseigentümer (m. Anm. *Bruns*) S. 233

*BGH, 27. 1. 2022*

Abgesonderte Befriedigung von Schadens-  
ersatzansprüchen des Vermieters aus ver-  
pfändetem Sparguthaben nach Kündigung  
des Mietvertrags durch Insolvenzverwalter  
(m. Anm. *Lücke*) S. 238

*BGH, 25. 1. 2022*

AGB-rechtlich zulässiger Ausschluss der  
Einrede der Anfechtbarkeit für den Bürgen  
(m. Anm. *Hildebrandt/Steinthal*) S. 223

*BGH, 12. 11. 2021*

Abgrenzung Nachbarwand – Grenzwand/  
Beseitigungsanspruch bei Nutzung der  
im Eigentum des Nachbarn stehenden  
Grenzwand (m. Anm. *Grziwotz*) S. 229

rade zu verhindern sucht. Auch eine solche Beschränkung darf daher nicht statthaft sein.

### III. Fazit

Summa summarum ist die beschränkte Erweiterung des Umfangs der Vertretungsmacht im Rahmen des § 49 Abs. 2 HGB grundsätzlich, aber nicht grenzenlos möglich. Das das Recht der Prokura prägende Prinzip der Rechtssicherheit setzt Grenzen. Ganz generell lässt sich resümieren, dass dieses einer Begrenzung auf Belastung oder Veräußerung nicht, einer Beschränkung auf eine gewisse Tätigkeit des Kaufmanns – etwa als Testamentsvollstrecker – aber schon entgegensteht.<sup>83)</sup> Hinsichtlich einer Beschränkung auf fremde Grundstücke erscheint die Frage schwieriger zu beantworten; indes sprechen auch hier die besseren Argumente gegen die Zulässigkeit einer entsprechenden Beschränkung.

Der Erwähnung bedarf schließlich, dass die Frage ihre praktische Bedeutung in weiten Teilen<sup>84)</sup> nur der Tatsache verdankt, dass von einigen Gerichten – insbesondere vom KG<sup>85)</sup> – noch immer vertreten wird, § 49 Abs. 2 HGB fände Anwendung auf die Veräußerung fremder Grundstücke. Folgte man hier der gegenteiligen Auffassung, wäre eine Beschränkung auf fremde Grundstücke nicht mehr notwendig, weil die Norm dann ohnehin keine Rolle spielte, und für eine Beschränkung auf die Tätigkeit des Kaufmanns als Testamentsvollstrecker fiel gleichsam ein Bedürfnis fort.

83) Anders aber noch *Schneider*, ZfR 2021, 517, 521 f., der in Fußn. 57 den Stimmen Recht gibt, die auch eine Beschränkung auf Veräußerung oder Belastung ablehnen.

84) Nicht, soweit es um eine Beschränkung auf Belastung oder Veräußerung geht.  
85) Vgl. die Nachweise oben in Fußn. 11.

## Rechtsprechung

Tatbestand und Gründe der Entscheidungen werden regelmäßig ungekürzt veröffentlicht. Ausnahmsweise gekürzte oder von der Redaktion zum besseren Verständnis umformulierte oder selbst verfasste Tatbestände werden durch die Überschrift „Zum Sachverhalt“ kenntlich gemacht. Die Gründe (Entscheidungsgründe) werden ebenfalls nur ausnahmsweise gekürzt. Geringfügige Auslassungen werden jeweils durch Punkte (...) gekennzeichnet. Bei umfangreicheren Kürzungen wird den Gründen statt der Überschrift „Gründe“ oder „Entscheidungsgründe“ die Überschrift „Aus den Gründen“ vorangestellt. Hinzufügungen der Redaktion sind *kursiv* gesetzt. Entscheidungen der unteren und mittleren Instanzen werden als „nicht rechtskräftig“ gekennzeichnet, wenn nach Kenntnis der Redaktion ein Rechtsmittel eingelegt wurde oder die Berufungs- oder Revisionsfrist noch nicht abgelaufen ist. Dies gilt auch in den Fällen, in denen ein Rechtsmittel möglicherweise ausgeschlossen ist. Entscheidungen, bei denen nach Kenntnis der Redaktion innerhalb der Rechtsmittelfrist – einerlei, ob überhaupt zulässig – kein Rechtsmittel eingelegt wurde, werden als „rechtskräftig“ gekennzeichnet. Entscheidungen, die mit einem „+“ versehen sind, sind für die Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung des betreffenden Gerichts vorgesehen.

### Rechtsprechung zum Vertragsrecht

#### BGB § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1, § 770 Abs. 1 AGB-rechtlich zulässiger Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit für den Bürgen

BGH, Urt. v. 25. 1. 2022 – XI ZR 255/20 (OLG Frankfurt/M.) +

Leitsatz des Gerichts:

**Ein formularmäßiger Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB im Bürgschaftsvertrag benachteiligt den Bürgen nicht gem. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen (Fortführung von BGH, Urt. v. 19. 9. 1985 – III ZR 214/83, BGHZ 95, 350).**

#### Tatbestand:

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

[2] Die Klägerin beauftragte die H. GmbH (im Folgenden: Hauptschuldnerin) am 15. 2. 2013 mit Bauleistungen an einer Lüftungs- und Kälteanlage. Sie und die Hauptschuldnerin vereinbarten einen durch eine Bankbürgschaft ablösbaren Gewährleistungseinbehalt i. H. v. 5 % der Bausumme. In dem von der Klägerin hierzu vorgegebenen Formular heißt es u. a.:

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

[3] Am 26. 11. 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. 1. 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 vor genannten Einreden.

[4] Am 8. 11. 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 Mängelbeseitigung auf. Die Kosten für die Beseitigung der Mängel bezifferte der Gutachter auf 405.720 €.

[5] 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.

[6] 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.

**Entscheidungsgründe:**

[7] Die Revision hat keinen Erfolg.

[8] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung (MDR 2020, 1002) im Wesentlichen ausgeführt:

[9] 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 i. S. v. § 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.

[10] 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 Verzögerungspotenzial kaum.

[11] 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.

[12] II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist.

[13] 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 gem. § 768 Abs. 1 Satz 1, § 821 BGB gegen den Zahlungsanspruch der Klägerin aus der Gewährleistungsbürgschaft im Ergebnis zu Recht verneint.

[14] 1. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH 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 gem. § 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, Urt. v. 23. 1. 2003 – VII ZR 210/01, BGHZ 153, 311, 316 f. = *ZfR* 2003, 411 (m. Anm. Schwenger, S. 417); BGH, Urt. v. 12. 2. 2009 – VII ZR 39/08, BGHZ 179, 374 = *ZfR* 2009, 411 (m. Bespr. Matthes/Reichelt, S. 407), Rz. 9; BGH, Urt. v. 1. 10. 2014 – VII ZR 164/12, *ZfR* 2014, 880 (LS) = WM 2015, 844, Rz. 15; BGH, Urt. v. 22. 1. 2015 – VII ZR 120/14, WM 2015, 1076, Rz. 14; Senatsurt. v. 24. 10. 2017 – XI ZR 600/16, BGHZ 216, 288 = *ZfR* 2018, 68 (LS), Rz. 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, Urt. v. 23. 1. 2003 – VII ZR 210/01, BGHZ 153, 311, 316 f. = *ZfR* 2003, 411 (m. Anm. Schwenger, S. 417); Senatsurt. v. 24. 10. 2017 – XI ZR 362/15, BGHZ 216, 274 = *ZfR* 2018, 68 (LS), Rz. 23 m. w. N.).

[15] 2. Die zwischen der Klägerin und der Hauptschuldnerin getroffene Sicherungsvereinbarung ist – entgegen der Meinung der Revision – allerdings nicht deswegen gem. § 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.

[16] a) Nach der Rechtsprechung des BGH 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, Urt. v. 5. 6. 1997 – VII ZR 324/95, BGHZ 136, 27, 31 f. = *ZfR* 1997, 526; Senatsurt. v. 24. 10. 2017 – XI ZR 600/16, BGHZ 216, 288 = *ZfR* 2018, 68 (LS), Rz. 24 m. w. N.). Ausreichend ist es danach, dem Werkunternehmer das Recht einzuräumen, den Einbehalt durch Stellung einer selbstschuldnerischen, unbefristeten Bürgschaft abzulösen (Senatsurt. v. 24. 10. 2017 – XI ZR 600/16, BGHZ 216, 288 = *ZfR* 2018, 68 (LS), Rz. 24 m. w. N.). Kein angemessener Ausgleich liegt in dem Zusammenhang vor, wenn eine Bürgschaft auf erstes Anfordern (BGH,

Urt. v. 5. 6. 1997 – VII ZR 324/95, BGHZ 136, 27, 32 f. = *ZfR* 1997, 526 und BGH, Urt. v. 8. 3. 2001 – IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99, 105 = *ZfR* 2001, 452 (m. *Anm. Siegburg*, S. 455); BGH, Beschl. v. 24. 5. 2007 – VII ZR 210/06, *ZfR* 2008, 15 (m. *Anm. Hildebrandt*, S. 16) = WM 2007, 1625, Rz. 7) oder eine Bürgschaft, in der auf sämtliche Einreden aus § 768 BGB zu verzichten ist (BGH, Urt. v. 8. 3. 2001 – IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99, 104 = *ZfR* 2001, 452 (m. *Anm. Siegburg*, S. 455); Senatsurt. v. 16. 6. 2009 – XI ZR 145/08, BGHZ 181, 278 = *ZfR* 2009, 20 (m. *Kurzanm. Wolters*, S. 24), Rz. 24), verlangt wird.

[17] 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 (Senatsurt. v. 24. 10. 2017 – XI ZR 600/16, BGHZ 216, 288 = *ZfR* 2018, 68 (LS), Rz. 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 (Senatsurt. v. 24. 10. 2017 – XI ZR 600/16, BGHZ 216, 288 = *ZfR* 2018, 68 (LS), Rz. 25).

[18] b) Ein formulärmäßig 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 gem. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unangemessen benachteiligt wird.

[19] aa) Die von der Klägerin gestellte Klausel, nach der der Bürge auf die Einreden der Anfechtung, der Aufrechnung sowie der Vorausklage gem. 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 Senatsurt. v. 16. 6. 2009 – XI ZR 145/08, BGHZ 181, 278 = *ZfR* 2009, 20 (m. *Kurzanm. Wolters*, S. 24), Rz. 19 m. w. N.). Diese objektive Auslegung, die der Senat selbst vornehmen kann (vgl. nur Senatsurt. v. 13. 11. 2012 – XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298 = *ZVI* 2013, 14 (m. *Anm. Sudergat*, S. 22), Rz. 15 m. w. N. und Senatsurt. v. 19. 2. 2019 – XI ZR 562/17, WM 2019, 678, Rz. 21), führt hinsichtlich des Verzichts auf die „Einrede der Anfechtung“ gem. § 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 gem. § 142 Abs. 1 BGB zur Nichtigkeit des die Hauptforderung begründenden Rechtsgeschäfts führt (vgl. OLG München WM 2008, 442, 443; BeckOGK BGB/*Madaus*, Stand: 1. 12. 2021, § 770 Rz. 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/Stürmer*, BGB, Neubearb. 2020, § 770 Rz. 1; *Soergel/Gröschler*, BGB, 13. Aufl., § 770 Rz. 1).

[20] bb) Der BGH 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, Urt. v. 19. 9. 1985 – III ZR 214/83, BGHZ 95, 350, 357 und BGH, Urt. v. 30. 3. 1995 – IX ZR 98/94, NJW 1995, 1886, 1888).

[21] Entgegen der Ansicht der Revision (vgl. auch OLG München, Urt. v. 3. 6. 2014 – 9 U 3404/13 Bau, juris Rz. 28 und OLG München, Beschl. v. 24. 9. 2018 – 9 U 1903/18 Bau, juris Rz. 16; *Nosseck*, NJW 2015, 1985; *Windorfer*, NZBau 2017, 460, 461; *Ripke*, BauR 2020, 1704, 1706 f.) hat der BGH in seinem Urt. v. 16. 9. 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 gem. § 770 Abs. 1 BGB, sondern weitergehend auf die Einrede der Anfechtung. Dementsprechend hat der BGH eine solche Klausel, die selbst die Berufung des Sicherungsgebers auf die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch den Verwender ausschließt, als unwirksam eingestuft (BGH, Urt. v. 16. 9. 1993 – VII ZR 206/92, NJW 1993, 3264, 3265). Darum geht es hier offensichtlich nicht, da die Beklagte als Bürgin nach der hier im Streit stehenden Klausel lediglich auf die Einrede der Anfechtbarkeit gem. § 770 Abs. 1 BGB zu verzichten hat. Damit entfällt ihre Bürgschaftsschuld, wenn die Hauptschuldnerin wirksam die Anfechtung des Bauvertrags erklärt und dadurch das Erlöschen der Hauptschuld bewirkt.

[22] In dem weiteren von der Revision für sich in Anspruch genommenen Urteil des BGH vom 26. 4. 2001 (IX ZR 337/98, WM 2001, 1330, 1333) wird über den formulärmäßigen 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 (IX ZR 337/98, WM 2001, 1330, 1333) 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., Senatsurt. v. 24. 10. 2017 – XI ZR 600/16, BGHZ 216, 288 = *ZfR* 2018, 68 (LS), Rz. 20 m. w. N.).

[23] cc) Die Rechtsprechung des BGH (BGH, Urt. v. 19. 9. 1985 – III ZR 214/83, BGHZ 95, 350, 357 und BGH, Urt. v. 30. 3. 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, Rz. 53; OLG Düsseldorf BauR 2018, 858, 860; LG Krefeld BecksRS 2015, 1202; *Grüneberg/Grüneberg*, BGB, 81. Aufl., § 307 Rz. 79; BeckOGK BGB/*Madaus*, a. a. O., § 770 Rz. 33; *Nobbe*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 91 Rz. 330; *Nobbe*, in: *Nobbe*, Kommentar zum Kreditrecht, 3. Aufl., § 770 Rz. 4; *Hüttemann*, Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Kreditbürgschaft, 2020, S. 149 f.; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, 10. Aufl., Rz. 996; MünchKomm-Würmnest, BGB, 8. Aufl., § 307 Rz. 233; *Staudinger/Stürmer*, a. a. O., § 770 Rz. 17;

*Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., (15) Bürgschaftsverträge Rz. 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 Rz. 146; *Piekenbrock*, in: BuB, Stand: 4/2021, Rz. 4/1127c; *Jauernig/Stadler*, BGB, 18. Aufl., § 770 Rz. 3; *Schulze/Staudinger*, BGB, 10. Aufl., § 770 Rz. 2; *Förster*, WM 2010, 1677, 1680; *Leitl*, WM 2000, 1316, 1324; *Weber*, Kreditsicherungsrecht, 10. Aufl., S. 70; *Moufang/Koos*, in: Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Aufl., § 17 Abs. 4 Rz. 213; *Horst*, NZM 2018, 889, 895; *Kiefner/Bizer*, JuS 2020, 593, 597; *Brödermann*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 16. Aufl., § 770 Rz. 5) und teilweise auf Kritik gestoßen (*Fischer/Ganter/Kirchhof*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 33, 46; MünchKomm-Habersack, BGB, 8. Aufl., § 770 Rz. 3; *Ripke*, IBR (online) 2015, 1016; *Ripke*, BauR 2020, 1704, 1707; *Steinwachs*, ZInsO 2019, 1393, 1400; *Vogel*, IBR 2019, 71; *Graf von Westphalen*, NJW 2020, 2225, Rz. 18 f.; *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: 1. 11. 2021, § 307 Rz. 164; *Erman/Zetzsche*, BGB, 16. Aufl., § 770 Rz. 3; jurisPK-BGB/Prütting, 9. Aufl., § 770 Rz. 7; *Thelen/Thelen*, ZIP 2018, 901, 903; *Joussen*, in: Ingenstau/Korbion/Leupertz/von Wietersheim, VOB Teile A und B, 21. Aufl., § 17 Abs. 4 VOB/B Rz. 103; *Koebler*, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl., 9. Teil Rz. 78; *Fischer*, in: Lwowski/Fischer/Gehrlein, Das Recht der Kreditsicherung, 10. Aufl., § 9 Rz. 107; *Schmidt*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl., 5. Teil, Klauseln (B) Rz. 365; *Soergel/Gröschler*, a. a. O., § 770 Rz. 16; *Tiedtke*, JZ 2006, 940, 948; *Reinicke/Tiedtke*, Bürgschaftsrecht, 3. Aufl., Rz. 602; *Habersack/Schürmbrand*, JZ 2003, 848, 849; *Nossek*, NZBau 2018, 279, 281; BeckOK BGB/Robe, 60. Ed., Stand: 1. 11. 2021, § 770 Rz. 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. Erg.-Lfg., Stand: 10/2020, Bürgschaft Rz. 44).

[24] **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, Urt. v. 19. 9. 1985 – III ZR 214/83, BGHZ 95, 350, 357 und BGH, Urt. v. 30. 3. 1995 – IX ZR 98/94, NJW 1995, 1886, 1888; jew. zu § 9 AGBG a. F.). Denn der Bürge wird durch einen solchen Verzicht nicht gem. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unangemessen benachteiligt.

[25] 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, Urt. v. 6. 11. 2013 – KZR 58/11, BGHZ 199, 1, Rz. 66 und BGH, Urt. v. 14. 7. 2016 – III ZR 387/15, WM 2017, 779, Rz. 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.

[26] (1) Wie der BGH (Urt. v. 19. 9. 1985 – III ZR 214/83, BGHZ 95, 350, 357) bereits ausgeführt hat, bleibt das Beste-

hen 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, Urt. v. 19. 9. 1985 – III ZR 214/83, BGHZ 95, 350, 357). 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, Urt. v. 19. 9. 1985 – III ZR 214/83, BGHZ 95, 350, 357).

[27] 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, Urt. v. 19. 9. 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 gem. § 123 BGB noch innerhalb der Jahresfrist des § 124 Abs. 1 BGB erklärt, stellt für den Bürgen allerdings keinen gewichtigen Nachteil dar (vgl. *Hüttemann*, a. a. O., S. 149; *Piekenbrock*, a. a. O., Rz. 4/1127b). Wie der BGH 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, Urt. v. 19. 9. 1985 – III ZR 214/83, BGHZ 95, 350, 357). 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 i. S. d. § 823 Abs. 2, § 826 BGB einzustufen ist (vgl. BGH, Urt. v. 29. 1. 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*, a. a. O., § 770 Rz. 17; *Piekenbrock*, a. a. O., Rz. 4/1127b; *Hüttemann*, a. a. O., S. 145 f.). Das räumen auch die Vertreter der Gegenansicht ein (vgl. *Graf von Westphalen*, WM 1984, 1589, 1591; *Joussen*, a. a. O., § 17 Abs. 4 VOB/B Rz. 103; *Schmidt*, a. a. O., Klauseln (B) Rz. 365; *Reinicke/Tiedtke*, a. a. O., Rz. 602; *Tiedtke/Holthusen*, WM 2007, 93, 98; *Nossek*, NJW 2015, 1985, 1990; *Soergel/Gröschler*, a. a. O., § 770 Rz. 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 i. S. d. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB verbunden ist.

[28] 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*, a. a. O., § 91 Rz. 330; *Nobbe*, in: *Nobbe*, a. a. O., § 770 Rz. 4; *Pickenbrock*, a. a. O., Rz. 4/1127c; *Soergel/Gröschler*, a. a. O., § 770 Rz. 1; vgl. zu § 770 Abs. 2 BGB bereits BGH, Urt. v. 16. 1. 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.

[29] (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*, a. a. O., § 307 Rz. 164; *Fischer/Ganter/Kirchhof*, a. a. O., S. 33, 46; *Erman/Zetzsche*, a. a. O., § 770 Rz. 3; *Joussen*, a. a. O., § 17 Abs. 4 VOB/B Rz. 103; *Fischer*, a. a. O., § 9 Rz. 107; *Schmidt*, a. a. O., Klauseln (B) Rz. 365; *Soergel/Gröschler*, a. a. O., § 770 Rz. 16; *Tiedtke*, JZ 2006, 940, 948; *Reinicke/Tiedtke*, a. a. O., Rz. 602; BeckOK BGB/*Rohe*, a. a. O., § 770 Rz. 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 *Hültemann*, a. a. O., S. 149 f.; BeckOGK BGB/*Madaus*, a. a. O., § 770 Rz. 33). Denn zwischen dem Fehlen der Schutzbedürftigkeit des arglistig täuschenden Gläubigers auf der einen Seite und dem Vorliegen eines für eine unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 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.

[30] (3) Schließlich verfängt auch die von der Revision vorgebrachte und teilweise im Schrifttum (vgl. BeckOK BGB/*Rohe*, a. a. O., § 770 Rz. 4; *Leyens*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, 40. Aufl., § 349 Rz. 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 gem. § 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 (Senatsurt. v. 24. 10. 2017 – XI ZR 600/16, BGHZ 216, 288 = *ZfIR 2018*, 68 (LS), Rz. 20 m. w. N.), nach der ein solcher Verzicht unwirksam ist, wenn davon auch unbestrittene oder rechts-

kräftig festgestellte Forderungen des Hauptschuldners umfasst sind, lässt sich nicht auf den formularmäßigen Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB übertragen.

[31] 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, Urt. v. 16. 1. 2003 – IX ZR 171/00, BGHZ 153, 293, 299 f.; Senatsurt. v. 24. 10. 2017 – XI ZR 600/16, BGHZ 216, 288 = *ZfIR 2018*, 68 (LS), Rz. 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 II. 2. b) dd) (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.

#### Anmerkung von Thomas Hildebrandt/Jonathan Steinthal

1. Der Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, nach dem ein Bürge aus einer Mängelbürgschaft in Anspruch genommen wurde. Die Mängelbürgschaft wurde für Bauleistungen als Ablösungsalternative zu einem Sicherheitseinbehalt für Mängelansprüche gestellt. Nachdem der Sicherheitseinbehalt durch die Bürgschaft von der Hauptschuldnerin abgelöst wurde, nahm die Gläubigerin die Bürgin in Anspruch. Die beklagte Bürgin ist der Auffassung, dass Sicherheitsabrede aufgrund folgender Klausel unwirksam ist:

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

2.1 Der Fokus der rechtlichen Bewertung des Senats lag auf der Einschätzung der Wirksamkeit einer Klausel, die die Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB ohne Weiteres ausschließt,

Zwar ist die allgemeine Abdingbarkeit dieser Einrede in Rechtsprechung und Literatur unstrittig (u. a. BeckOK BGB/*Rohe*, BGB, 61. Ed., Stand 1. 2. 2022, § 770 Rz. 4). Umstritten ist jedoch, ob der formularmäßige Ausschluss des § 770 Abs. 1 BGB, also durch Allgemeine Geschäftsbedingung, wirksam ist.

Einerseits wurde eine solche Klausel stets für unwirksam gehalten, weil der Hauptschuldner gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB durch diese Sicherheitsabrede unangemessen benachteiligt würde

(LG München v. 17. 5. 2018 – 2 O 14564/17; OLG München v. 3. 6. 2014 – 9 U 3404/13 Bau; OLG München v. 7. 11. 2018 – 9 U 1903/18 Bau).

Andererseits soll eine solche Klausel keinen Wirksamkeitsbedenken begegnen (OLG Rostock v. 25. 2. 2016 – 3 U 73/12; LG Krefeld v. 3. 7. 2013 – 2 O 363/12). Vor diesem Hintergrund beachtlich ist das LG Köln, das innerhalb von zwei Jahren sowohl die Unwirksamkeit einer solchen Klausel (LG Köln v. 20. 11. 2012 – 27 O 197/12) als auch deren Wirksamkeit (LG Köln v. 8. 7. 2014 – 27 O 16/14) angenommen hatte.

In der Literatur wurde zwischenzeitlich davon ausgegangen, dass sich die Rechtsprechung in Richtung der Annahme der Unwirksamkeit einer solchen Klausel bewegt (*Habersack/Schürmbrand*, JZ 2003, 848, 849)

Mit dieser Uneinigkeit hat der BGH zu Gunsten der Wirksamkeit der Klausel in Linie mit der Vorinstanz (OLG Frankfurt/M. v. 14. 5. 2020 – 21 U 74/16) und konsistent zu vergangener höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH v. 19. 9. 1985 – III ZR 214/83; BGH v. 30. 3. 1995 – IX ZR 98/94) abgeschlossen.

2.2 § 770 Abs. 1 BGB normiert das Recht des Bürgen, Zahlungen an den Gläubiger aus dem Sicherungsvertrag nicht zu leisten, wenn die Voraussetzung einer Anfechtung seitens des Hauptschuldners gegenüber dem Gläubiger bestehen. Der Anwendungsbereich der Norm ist in der Regel begrenzt auf Anfechtungsfälle nach § 123 Abs. 1 BGB, weil eine Irrtumsanfechtung unverzüglich erfolgen muss. Die Einrede kann aber nur vor Ablauf der Anfechtungsfrist erfolgen, mithin innerhalb der einjährigen Frist nach § 124 Abs. 1 BGB für eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung gem. § 123 Abs. 1 BGB.

Der Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit führt dazu, dass obwohl die Voraussetzungen des § 123 Abs. 1 BGB für den Hauptschuldner vorliegen, der Bürge vom Gläubiger in Anspruch genommen werden kann.

Vor diesem Hintergrund wird argumentiert, dass der Ausschluss dieses Rechts den Bürgen gegenüber Gläubiger entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteilige, weil die Interessen des Gläubigers an seiner Anspruchssicherung durch Inanspruchnahme des Bürgen nicht schutzwürdig seien. Der Verlust der Schutzwürdigkeit beruhe auf dessen in solchen Fällen mutmaßlich arglistigem Verhalten (*MünchKomm-Habersack*, BGB, 8. Aufl., 2020, § 770 Rz. 3). Ferner werde der Bürge gegenüber dem Hauptschuldner grundlos schlechter gestellt, weil dieser die Möglichkeit, bzw. den Zeitpunkt, der Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB in der Hand habe, während der Bürge dem Zahlungsverlangen des Gläubigers in der Situation der möglichen Anfechtung ausgesetzt sei (LG Köln v. 20. 11. 2012 – 27 O 197/12). Vor diesem Abhängigkeitsverhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner sei es eine unangemessene Benachteiligung, dass bei einem Ausschluss der Klausel die Zahlungspflicht unmittelbar an das Verhalten des Hauptschuldners hinsichtlich der Anfechtung gebunden sei (Graf von Westphalen/Thüsing/Vogt, *Vertragsrecht und AGB Klauselwerke*, 47. EL., Stand: 8/2021, Bürgschaft Rz. 44). Dabei würde dem Bürgen unbillig das Prozess- und Insolvenzrisiko der Rückzahlung nach Anfechtung aufgebürdet (*Windorfer*,

NZBau 2017, 460). Teilweise wird danach unterschieden, ob der Bürge eine Bank ist, mithin mit solchen Geschäften vertraut sei, oder eine Privatperson (Graf von Westphalen/Thüsing/Vogt, a. a. O., Bürgschaft Rz. 44). Im Übrigen sei eine solche Klausel unwirksam, weil auch der formularmäßige Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit nach § 770 Abs. 2 BGB ohne Ausnahme unbestrittener oder rechtskräftig festgestellter Gegenforderung unwirksam sei (BeckOK BGB/*Rohe*, a. a. O., § 770 Rz. 4; OLG München v. 3. 6. 2014 – 9 U 3404/13 Bau).

Dem widerspricht der BGH. Der Senat zieht die bestehende höchstrichterliche Rechtsprechung, dass eine solche Ausschlussklausel wirksam ist, nicht in Zweifel. Eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB liege nicht vor. Zu einer wie vorinstanzlich vorgenommenen Interessensabwägung (OLG Frankfurt/M. v. 14. 5. 2020 – 21 U 74/19) komme es nicht. Es fehle bereits einer zur Erfüllung des Normtatbestands notwendigem Nachteil von einigem Gewicht für den Bürgen, weil die Einrede praktisch bedeutungslos sei. Der Anwendungsbereich sei nur auf Fälle der Arglist und widerrechtlichen Drohung nach § 123 Abs. 1 BGB begrenzt. Der mögliche Schwebezustand bis zur Anfechtungsausübung des Hauptschuldners sei kein gewichtiger Nachteil, weil der Bürge die Arglisteinrede des Hauptschuldners gem. §§ 853, 768 Abs. 1 Satz 1 BGB ausüben könne. Zwar seien die Voraussetzungen einer solchen Einrede höher, jedoch enge es den Anwendungsbereich des § 770 Abs. 1 BGB auf praktische Bedeutungslosigkeit ein. Ferner ver helfe die Einrede der Anfechtbarkeit ohnehin nur zu einer schwachen Rechtsposition, weil der Gläubiger auch mit dieser Einrede keinen Einfluss auf die Anfechtungsausübung des Hauptschuldners habe. Die Arglisteinrede nach §§ 853, 768 Abs. 1 Satz 1 BGB wirke hingegen auch noch über die einjährige Anfechtungsfrist hinaus, indem sie peremptorisch sei. Das Argument der fehlenden Schutzbedürftigkeit des arglistig täuschenden Gläubigers könne auch keine Unwirksamkeit einer solchen Klausel begründen, denn eine fehlende Schutzbedürftigkeit einer Partei begründe noch keinen Nachteil für die andere Partei. Ferner sei die Klausel auch nicht unwirksam, wenn die Ausnahme unbestrittener oder rechtskräftig festgestellter Anfechtungsgründe nicht inkludiert ist, wie vorliegend der Fall, weil die dazu bestehende Rechtsprechung zur Aufrechenbarkeit nach § 770 Abs. 2 BGB (BGH v. 24. 10. 2017 – XI ZR 600/16, ZfR 2018, 68 (LS)) nicht auf einen Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit anwendbar sei. Zuletzt sei auch der Grundsatz der Akzessorietät nicht betroffen, weil das unausgeübte Anfechtungsrecht ohne Einfluss auf die Wirksamkeit der Hauptverbindlichkeit sei. Im Ergebnis macht es für den erkennenden Senat keinen Unterschied, ob die Einrede nach § 770 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist oder nicht.

3. Dem Senat ist in seiner Entscheidung, die Unwirksamkeit des formularmäßigen Ausschlusses der Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB abzulehnen, vollumfänglich zuzustimmen. Der Ausschluss einer obsoleten Norm ist kein Nachteil. Der Überfluss besteht hier aufgrund der wirksameren Parallelnorm nach §§ 853, 768 Abs. 1 BGB. Aufgrund dieser Parallelnorm verfängt auch das Argument der mutmaßlichen Abhängigkeit von der Anfechtungsausübung des Haupt-

schuldners nicht. Nicht jeder Ausschluss einer bürgschaftsrechtlichen Schutzvorschrift ist eine unangemessene Benachteiligung entgegen von Treu und Glauben. Erschwerend kommt hinzu, dass der Bürge bei der Ausübung der Einrede der Anfechtbarkeit darlegungs- und beweisbelastet ist. Dogmatisch nicht relevant, aber für die Praxis bedenklich, ist die Folge der Annahme der Unwirksamkeit der Klausel, mithin der Sicherungsvereinbarung. Diese werden im vorinstanzlichen Urteil (OLG Frankfurt/M. v. 14. 5. 2020 – 21 U 74/16) treffend dargestellt: Zum einen wären sämtliche Bürgschaftsvereinbarungen mit dieser Regelklausel unwirksam, was allein sicher noch kein Argument für eine Wirksamkeit begründet. Zum anderen aber müssten die Hauptschuldner in diesen Fällen die Bürgschaften zurückverlangen mit der Folge, dass auf Seiten des Gläubigers ein Anspruch auf Überreichung einer einredeverzichtsreichen Bürgschaft besteht, dessen zukünftige Durchsetzung dem Gläubiger aufgrund der Grundursache, der Inanspruchnahme aus einem bereits fälligen Gewährleistungsanspruch, nicht dienlich ist.

4. Die Entscheidung des BGH ist in ihrer Klarheit und Stringenz zu begrüßen. Die höchstrichterliche Feststellung der Wirk-

samkeit einer solchen Klausel ist zwar nicht neu, aber scheint aufgrund der gespaltenen Rechtsprechung nötig zu sein, um die Einheitlichkeit der Rechtsprechung wiederherzustellen. Beispielsweise das LG und OLG München haben pauschal mit Verweis auf höchstrichterlicher Rechtsprechung zur Unwirksamkeit einer ähnlichen Klausel, die aber auch den ausnahmslosen Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit beinhaltet, die Unwirksamkeit einer wie besprochenen Norm beschieden (LG München v. 17. 5. 2018 – 2 O 14564/17; OLG München v. 3. 6. 2014 – 9 U 3404/13 Bau). Dabei wurde stets die fehlende Vergleichbarkeit verkannt. Richtigerweise setzt sich der erkennende Senat in der Urteilsbegründung vertieft mit der Gegenargumentation auseinander und kommt zu dem gut begründeten Ergebnis der Wirksamkeit einer formularmäßigen Klausel zum Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB.

*Dr. Thomas Hildebrandt, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht sowie Fachanwalt für Vergaberecht/Jonathan Steinthal, wissenschaftlicher Mitarbeiter, beide in Hamburg, beide Leinemann Partner*

## Rechtsprechung zum Sachen- und Grundbuchrecht

### BGB §§ 921, 922

#### Abgrenzung Nachbarwand – Grenzwand/Beseitigungsanspruch bei Nutzung der im Eigentum des Nachbarn stehenden Grenzwand

BGH, Urt. v. 12. 11. 2021 – V ZR 25/21 (LG München II)

Leitsätze des Gerichts:

1. Eine Nachbarwand kann von jedem der beiden Nachbarn in Richtung auf sein eigenes Grundstück benutzt werden; deshalb darf ein freiliegender Teil in Richtung auf das eigene Grundstück beispielsweise gestrichen, bepflanzt oder zur Verlegung von Leitungen genutzt werden, soweit die Mitbenutzung durch den anderen Nachbarn nicht einträchtig wird.

2. Werden Reihen- oder Doppelhäuser durch einen zweischaligen Wandaufbau, also durch zwei separate Wände geschieden, handelt es sich nicht um eine Nachbarwand, sondern um zwei Grenzwände. Dies gilt auch, wenn die Grundstücksgrenze eine oder beide Wände schneidet und insoweit ein Überbau vorliegt. Für die sachenrechtliche Beurteilung ist zudem unerheblich, ob die Wände in einer solchen Stärke und Ausführung errichtet worden sind, dass sie jeweils für sich genommen den bauordnungsrechtlichen Vorschriften oder anerkannten Regeln der Technik für eine freistehende Gebäudeaußenwand genügen.

Tatbestand:

[1] Der Kläger ist Eigentümer eines mit einem Reihenhaus bebauten Grundstücks, der Beklagte Mieter des auf dem angrenzenden Grund-

stück leicht versetzt gelegenen Reihenhauses. Die Außenwand des klägerischen Hauses, die teilweise die Grundstücksgrenze überschreitet, ragt gartenseitig über das von dem Beklagten genutzte Haus hinaus. Auf der seiner Terrasse zugewandten Seite dieses freistehenden Teils der Außenwand bohrte der Beklagte ohne Zustimmung des Klägers Löcher in den Putz, um darauf einen Kabelkanal für die Stromleitung zu seiner Markise zu verschrauben. Der Kläger forderte den Beklagten mit anwaltlichem Schreiben erfolglos auf, den ursprünglichen Zustand der Wand wiederherzustellen.

[2] Das Amtsgericht hat die auf die Entfernung der Stromleitung nebst Kabelkanal, die Verschließung sowie Überstreichung der Bohrlöcher und die Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten gerichtete Klage abgewiesen. Das Landgericht hat ihr stattgegeben. Mit der von dem Landgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt der Beklagte sein Ziel der Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

[3] I. Das Berufungsgericht bejaht einen Anspruch des Klägers auf Vornahme der Beseitigungsmaßnahmen aus § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB. Es könne dahinstehen, ob eine gemeinsame Grenzeinrichtung vorliege. Insoweit sei das Bild, das sich aus dem eingeholten Sachverständigengutachten ergebe, zwispältig. Die Außenmauern seien durch eine Fuge getrennt, die Mauerschalen eindeutig dem jeweiligen Gebäude zuzuordnen. Die Mauern erfüllten jeweils für sich für die zugehörigen Gebäude die Erfordernisse des Brandschutzes und der Gebäudestatik, nicht aber hinsichtlich des Schallschutzes sowie der Feuchtigkeits- und Wärmeisolierung. Nur der freiliegende Mauerabschnitt diene dem Wärme- und Feuchtigkeitsschutz allein für das Haus des Klägers. Insoweit sei der Sachverhalt als Überbau zu beurteilen. Die sich daraus ergebenden Eigentumsverhältnisse schlossen indes nicht aus, dass die Mauer insgesamt eine Grenzeinrichtung i. S. v. § 921 BGB darstelle. Zu der be-