

Aktuelle Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum formularmäßigen Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB (BGH, Urt. v. 25.01.2022, IX ZR 255/20; Fundstelle: IBR-RS 2022, 0642 und WM 2022, S. 414)

Der Bankrechtssenat (XI Senat des BGH) **hat den formularmäßigen Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB in Bürgschaftsverträgen als nicht unrechtmäßig gemäß § 307 Abs. 1, S. 1 bzw. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB angesehen.** Er beruft sich dabei auf ältere Entscheidungen aus dem Jahre 1985 sowie aus 1995 und stellt sich somit gegen die Instanzgerichtsbarkeit (z. B. OLG München, Urt. v. 03.06.2014, 9 U 3404/13 und Urt. v. 29.04.2018, 9 U 1903/18) sowie der ganz überwiegenden Meinung in der Literatur (z. B. *Fischer/Ganter/Kirchhof*, Festschrift 50 Jahre BGH, S. 33/46; *Münch Komm BGB Habersack*; § 770, Rz 3; *Steinwachs*, ZInsO 2019, 13993/1400; *Graf von Westphalen*, NJW 2020, 22/25; *Ingenstau/Korbion*, § 17 Abs. 4 VOB/B, Rz 3; *Steinwachs/Meyer/Schmeling/Mathes*, Rechtssicheres Avalgeschäft, 4. Aufl., Rz 169).

Man begründet dies auch damit, **dass diese Einrede keine Praxisrelevanz hätte, was wir aus unserer Praxis nicht bestätigen können.** Insofern ist es schon immer etwas verwunderlich, wenn insbesondere BGH-Richter von ihrer Praxiserfahrung sprechen und diese begriffsnotwendigerweise nicht haben können, da sie in der Baupraxis nicht tätig sind. So kann leider auch weiterhin der Hauptschuldner mit dem Bürgschaftsnehmer in kollusiver Zusammenarbeit erfolgreich tätig sein. Der Bürge kann sich nicht darauf berufen. **Erfreulicherweise lässt der BGH aber in dieser Entscheidung die Berufung auf die Unwirksamkeit bei der Sicherungsabrede weiter zu, und zwar in folgenden Fällen:**

- **Verlangen nach erstes Anfordern, vorliegend beim Mängelaval**
- **Verzicht des Bürgen auf sämtliche Einreden aus § 768 BGB und vollständiger Verzicht auf § 770 Abs. 2 BGB**

Dies führt dazu, dass aus Bürgensicht diese Entscheidung positive Aspekte zu entnehmen sind. Es bleibt abzuwarten, wie der Baurechtssenat (VII Senat) den Komplettausschluss des § 770 Abs. 1 BGB, insbesondere beim Mängelaval, sehen wird. Unter Umständen muss dann der große Senat des BGH hierüber entscheiden. Bis dahin ist jedoch der Ausschluss des § 770 Abs. 1 BGB auch formularmäßig als wirksam anzusehen.

Auswirkungen auf das Mängelaval:

Der Bürge kann sich nicht erfolgreich, insbesondere auf die Literatur und das OLG München, berufen, dass der Komplettausschluss des § 770 Abs. 1 BGB zur Unwirksamkeit der Sicherungsabrede und damit zur Unwirksamkeit der Avalgestellung führt. **Allerdings sind die Komplettausschlüsse des § 768 und § 770 Abs. 2 BGB sowie das Fordern eines Män-**

gelavals auf erstes Anfordern als unwirksam auch weiterhin anzusehen. Ob der Bau-
rechtssenat den Komplettausschluss des § 770 Abs. 1 BGB, ähnlich wie der Bankensenat,
vorliegend XI Senat, durchwinken wird, bleibt abzuwarten, darf aber bezweifelt werden.