

# Bürgschaften auf erstes Anfordern in AGB wirksam vereinbaren?

Die Bürgschaft auf erste Anforderung in der Aval-Praxis

## Autoren:

RA Torsten Steinwachs,  
 geschäftsführender Gesellschafter  
 der BMS Bond Management Support,  
 Avalmanagement, Frankfurt a. M./  
 Hamburg/Erfurt,  
 zertif. Wirtschaftsmediator  
 (Uni. Of Appl. Science, Wismar),

RA Holger Bruhn,  
 Interne Revision  
 Sparkasse Hohenlohekreis,  
 Lehrbeauftragter an der  
 Hochschule Heilbronn,  
 sowie

Robin Steinwachs,  
 Werkstudent der BMS, Wirtschafts-jura  
 an der FOM Frankfurt a. M.

## I. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern

▷ Der Bundesgerichtshof beschäftigte sich mit seinem Urteil vom 02.05.1979 mit der Frage der Auslegung der Klausel „Zahlung auf erstes Anfordern“ in einer Bankbürgschaft, die zur Ablösung eines Gewährleistungseinbehalts gegeben wurde.<sup>1</sup> Seit dieser Entscheidung ist in der Rechtsprechung des BGH sowie überwiegend in der Literatur eine Bürgschaft auf erstes Anfordern anerkannt; die Klausel ist „mit dem Wesen der Bürgschaft vereinbar“.<sup>2</sup>

### 1. Zweck der Bürgschaft auf erstes Anfordern

Die Bürgschaft auf erstes Anfordern lässt sich im Wesentlichen auf zwei Entwicklungslinien zurückführen.<sup>3</sup> Die erste Entwicklungslinie ist zugleich die Eigenart der Bürgschaft auf erstes Anfordern, die im Wesentlichen darin besteht, Einwände des Bürgen gegen seine Zahlungspflicht in den Rückforderungsprozess zu verlagern, denn der Gläubiger kann eine Bürgschaft auf erstes Anfordern nach den in der Bürgschaftsurkunde genannten Voraussetzungen in Anspruch nehmen, wobei eine schlüssige Darlegung des Sicherungsfalls nicht erforderlich ist, denn der Bürge kann seiner Inanspruchnahme Einwendungen aus dem Verhältnis des Gläubigers zum Hauptschuldner nur entgegensetzen, wenn der Gläubiger seine formale Rechtsstellung offensichtlich missbraucht, im Übrigen ist er auf den Rückforderungsprozess verwiesen.<sup>4</sup> Neben dem **Schutzbedarf des Kreditinstituts und des Kautionsversicherers** Bürgschaftsgläubiger, mit der einhergehenden Besorgnis gegenüber unberechtigten oder gar „schikanösen“ Einwendungen durch den Bürgen<sup>5</sup>, bedeutet die Bürgschaft auf erstes Anfordern eine **Art Kreditgewährung**, weil dem Gläubiger ein Geldbetrag zur Verfügung gestellt wird, den er möglicherweise wieder zurückzahlen hat, denn eine Bürgschaft auf erstes Anfordern hat nicht nur die

Funktion einer Sicherung; sie räumt dem Gläubiger weiterreichend die Möglichkeit ein, sich liquide Mittel zu verschaffen, was auch möglich ist, wenn der Sicherungsfall nicht eingetreten ist.<sup>6</sup>

Damit unterliegt der Auftragnehmer der **Gefahr**, durch den **Rückgriff des Bürgen** belastet zu werden, ohne dass der Anspruch des Gläubigers besteht. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die im Ergebnis unberechtigte Anforderung der Bürgschaft auf einen **Missbrauch** zurückgeht oder auf eine bloße **Fehleinschätzung** seitens des Gläubigers.<sup>7</sup> Wer sich auf ein so risikoreiches Geschäft einlässt, ist grundsätzlich auch dann zur Zahlung verpflichtet, wenn sich der Gläubiger in Liquiditätsschwierigkeiten befindet. Nur so wird die Bürgschaft auf erstes Anfordern ihrem Zweck gerecht, das **Bardepot** zu ersetzen.<sup>8</sup>

### 2. Durchbrechung des Akzessorietätsgrundsatzes?

So weit vereinzelt vertreten wird, die Bürgschaft auf erste Anforderung sei ein zweiseitig verpflichtender Vertrag sui generis – weshalb die §§ 765 ff. BGB nicht anzuwenden seien<sup>9</sup> –, kann dies nicht damit begründet werden, dass es an der Akzessorietät zwischen der Hauptschuld und der Bürgschaftsverpflichtung fehle. Dass der Bürge sich verpflichtet, die Bürgschaftssumme auf erstes Anfordern zu leisten, hebt diese Abhängigkeit gerade nicht auf, die Klausel führt zwar dazu, dass der Bürge die geforderte Summe zunächst zahlen muss, ohne Einwendungen gegen die Hauptforderung gelten machen zu können, er hat aber einen Rückforderungsanspruch nach § 812 ff. BGB (vgl. auch § 817 BGB), wenn seine Bürgenschuld wegen Nichtbestehens der Hauptforderung in Wirklichkeit nicht besteht.<sup>10</sup> Allerdings ist die **Akzessorietät** hierdurch in erheblicher Weise „**gelockert**“, denn die Verpflichtung, auf erstes Anfordern zu zahlen, und sich somit der Bürgenrechte aus § 770 BGB ggf. § 768 BGB zu bedienen, begründ-

<sup>1</sup> BGHZ 74, 244 = WM 1979, 690; BGH v. 24.11.1983, IX ZR 2/83, WM 1984, 44 = NJW 1984, 923.

<sup>2</sup> *Nobbe* in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, 5. Aufl. 2017, Band II, § 91 Rn. 549 m. w. N.

<sup>3</sup> *Arnold*, Bürgschaft, 2008, S. 9.

<sup>4</sup> BGH v. 18.04.2002, VII ZR 192/01, BGHZ 151, 299 = WM 2002, 1415; BGH v. 10.02.2000, IX ZR 397/98, BGHZ 143, 381 = WM 2000, 715.

<sup>5</sup> *Arnold*, Bürgschaft, 2008, S. 9.

<sup>6</sup> BGH v. 18.04.2002, a. a. O.

<sup>7</sup> BGH v. 18.04.2002, VII ZR 192/01, BGHZ 151, 299 = WM 2002, 1415; BGH v. 10.02.2000, IX ZR 397/98, BGHZ 143, 381 = WM 2000, 715.

<sup>8</sup> BGH v. 04.07.2002, IX ZR 97/99, BGHZ 151, 236 (242) = WM 2002, 1796; BGH v. 17.10.1997, IX ZR 325/95, WM 1996, 2228 = NJW 1997, 255.

<sup>9</sup> *Kopp*, WM 2010, S. 640, 642 und 646.

<sup>10</sup> BGH v. 02.05.1979, VII ZR 157/78, BGHZ 74, 244, 247 = WM 1979, 690; BGH v. 21.04.1988, IX ZR 113/87, WM 1988, 934, 935 = NJW 1988, 2610.

det eine gegenüber dem Bestand der verbürgten Hauptschuld vorläufig verselbständigte Zahlungspflicht des Bürgen, die einer Bankgarantie auf erstes Anfordern ähnelt, wie sie vor allem im internationalen Geschäftsverkehr als Sicherheit verwendet wird.<sup>11</sup> Insofern mag sich die Bürgschaft auf erstes Anfordern als **Zwischenform von abstrakter Garantie und streng akzessorischer Bürgschaft** darstellen<sup>12</sup>, sie ist aber wie eingangs festgestellt „mit dem Wesen der Bürgschaft vereinbar“.<sup>13</sup> **Für die Praxis entscheidend ist, dass die Regelungen der §§ 765 ff. BGB Anwendung finden.**

### 3. Abgrenzung von der Garantie auf erstes Anfordern

Der Bürge muss seine Erklärung so gegen sich gelten lassen, wie sie aus der Sicht des Gläubigers mit Rücksicht auf die ihm erkennbaren Umstände aufzufassen ist. Für diesen **objektiven Erklärungswert** ist in erster Linie der **Wortlaut** der Bürgschaftsurkunde maßgeblich.<sup>14</sup> Indes können **Begleitumstände** in die Auslegung der Bürgschaftserklärung mit einbezogen werden, soweit sie für den Gläubiger den Schluss auf den Sinngehalt der Bürgschaftserklärung zulassen.<sup>15</sup>

Die Rechtslage bei einer Garantie auf erstes Anfordern unterscheidet sich sehr wesentlich von der bei einem – gesetzlich nicht geregelten – normalen selbstständigen Garantievertrag. Eine **normale Garantie** eines Dritten ist lediglich eine **Sicherheit**. Der Garant hat dem Begünstigten dafür einzustehen, dass ein bestimmter tatsächlicher Erfolg eintritt oder die Gefahr eines bestimmten künftigen Schadens sich nicht verwirklicht.<sup>16</sup> **Eine Garantie oder Bürgschaft auf erstes Anfordern ist dagegen mehr als eine Sicherheit. Sie verschafft dem Gläubiger weitreichend die Möglichkeit, sich liquide Mittel zu verschaffen, auch wenn der Sicherungsfall nicht eingetreten ist.**<sup>17</sup>

### 4. Zustandekommen einer Bürgschaft auf erstes Anfordern

Für die wirksame Vereinbarung über eine Bürgschaft auf erstes Anfordern verbürgt sich der Sicherungsgeber durch einen schriftlich mit dem Gläubiger geschlossenen **schuldrechtlichen Vertrag**, dass er für die Hauptverbindlichkeit mit seinem gesamten Vermögen abredgemäß für den Hauptschuldner einstehe und dies **ohne**

**die Einrede der Vorausklage** (§ 771 BGB).<sup>18</sup> Das Vertragswerk wird um die zusätzliche Klausel der Bürgenverpflichtung zur **Zahlung auf erstes Anfordern erweitert**.<sup>19</sup> Dabei gilt, wie oben bereits angesprochen, der Grundsatz: „*Erst zahlen, dann prozessieren*“<sup>20</sup>, und zwar unter Verzicht auf Einwendungen, Einreden und der Möglichkeit der Aufrechnung, praxisrelevant also namentlich der § 770 BGB oder des § 768 BGB.<sup>21</sup>

### 5. Missbrauchsgefahr zu Lasten des Bürgen

Eine verstärkte **Missbrauchsgefahr** ist folglich nicht von der Hand zu weisen<sup>22</sup>, wie auch die **Praxis** gerade bei dieser Aval-Art zeigt.

Der Bürge kann sich im Erstprozess darauf berufen, die Bürgschaft betrifft nicht die dem Begehren des Gläubigers zugrunde liegende Hauptforderung, sofern sich dies durch Auslegung aus der Urkunde selbst ergibt, einer schlüssigen Darlegung der Hauptforderung bedarf es jedoch nicht.<sup>23</sup> Die sofortige Zahlungspflicht findet ihre **Grenze im Fall eines rechtsmissbräuchlichen Handelns**, wenn der Gläubiger die Bürgschaft auf erstes Anfordern offenkundig ohne rechtlichen Grund erlangt<sup>24</sup>, das für jedermann offensichtliche Fehlen des materiellen Anspruchs vorliegt<sup>25</sup> oder trotz Vorliegens der formellen Voraussetzungen der Nichteintritt des Bürgschaftsfalls auf der Hand liegt, mindestens aber liquide beweisbar ist.<sup>26</sup>

Bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern ist die **Prüfungskompetenz des Bürgen** auf das Vorliegen einer missbräuchlichen Ausnutzung des Bürgschaftsversprechens aufgrund eines für jedermann offensichtlichen Fehlens des materiellen Anspruchs beschränkt; die schlüssige Darstellung eines Anspruchs des Gläubigers im Sinne des Bestehens der Hauptforderung ist insoweit nicht zu verlangen.<sup>27</sup>

Soweit hiernach feststeht, dass alle **Einwendungen des Bürgen** gegen die geltend gemachte Forderung **auf den potenziellen Rückforderungsprozess verlagert** sind und auch nicht im Nachverfahren des Urkundenprozesses geltend gemacht werden können, können sie ausnahmsweise schon im Erstprozess beachtlich sein, wenn es sich um offensichtliche oder „*liquide beweisbare*“ Einwendungen handelt.<sup>28</sup>

» Eine Garantie oder Bürgschaft auf erstes Anfordern ist dagegen mehr als eine Sicherheit. Sie verschafft dem Gläubiger weitreichend die Möglichkeit, sich liquide Mittel zu verschaffen, auch wenn der Sicherungsfall nicht eingetreten ist. «

<sup>11</sup> BGH v. 11.12.1986, IX ZR 165/85, WM 1987, 367, 360 = NJW-RR 1987, 683.

<sup>12</sup> F. Bauer in: Kumpel/Mühlbert/Früh/Seyfried, Bank- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2019, S. 1.171, Rn. 8211.

<sup>13</sup> BGH v. 02.05.1979, a. a. O. Fn. 1.

<sup>14</sup> BGH v. 02.05.1979, a. a. O. Fn. 1.

<sup>15</sup> BGH v. 16.10.1997, IX ZR 164/96, WM 1997, 2305 = NJW-RR 1998, 259.

<sup>16</sup> BGH v. 10.05.1985, IX ZR 11/85, WM 1985, 1035, 1037 = NJW 1985, 2941.

<sup>17</sup> BGH v. 10.09.2002, XI ZR 305/01, WM 2002, 2192 = NJW 2002, 3627; BGH v. 18.04.2002, VII ZR 192/01, WM 2002, 1415 = NJW 2388.

<sup>18</sup> Hadding/Welter, WM 2015, 1545.

<sup>19</sup> Hadding/Welter, WM 2015, 1545, 1546.

<sup>20</sup> Nobbe, a. a. O., § 91 Rn. 554.

<sup>21</sup> Nobbe, a. a. O., § 91 Rn. 554 mit Verw. auf BGH v. 02.05.1979, VII ZR 157/78, BGHZ 74, 244, 247 = WM 1979, S. 681.

<sup>22</sup> Für eine umfangreiche Betrachtung der Bürgschaft auf erstes Anfordern vgl. Schmelting in: Steinwachs/Meyer/Schmelting/Mathes, Rechtssicheres Avalgeschäft, 4. Aufl. (2020), Rn. 415 ff.

<sup>23</sup> BGH v. 14.12.1995, IX ZR 57/95, WM 1996, 193 = NJW 1996, 717.

<sup>24</sup> BGH v. 08.03.2001, IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99 = WM 2001, 947.

<sup>25</sup> OLG Celle v. 22.01.2021, 8 U 120/20 IBR 2021, 352, 352, vgl. auch BauR 2022, 126.

<sup>26</sup> BGH v. 10.02.2000, IX ZR 297/98, BGZ 143, 381 = WM 2000, 715.

<sup>27</sup> OLG Celle v. 22.01.2021 a. a. O.

<sup>28</sup> Ausführlich Leo/Ghassemi-Tabar, NZM 2012, S. 97, 98, m. w. N.

» Eine individuelle Sicherheitenabrede über eine Bürgschaft auf erstes Anfordern ist wirksam, denn außerhalb der AGB gestattet es die Vertragsfreiheit jedermann, Bürgschaften auf erstes Anfordern zu erteilen. «

„Liquide beweisbare“ Einwendungen sind solche, die sich ohne weiteres aus dem unstreitigen Sachverhalt oder aus dem Inhalt der Vertragsurkunde(n) ergeben, aber auch solche, die die das Bürgschaftsversprechen auslösende Sicherungsabrede selbst – z. B. wegen **Verstoßes gegen das Klauselkontrollrecht** – zu Fall bringen.<sup>29</sup> Dabei handelt der Gläubiger allerdings nach der Rechtsprechung des BGH nicht bereits deshalb allein rechtsmissbräuchlich, weil Zweifel bestehen, ob er mit dem verbürgten Hauptanspruch in voller Höhe durchdringen wird.<sup>30</sup>

Die Bürgschaft auf erstes Anfordern führt dazu, dass nicht der Gläubiger einen Prozess als Kläger ohne Liquidität, sondern mit Liquidität dafür als Beklagter führen muss, sodass die Prozesslast im Vergleich zur gewöhnlichen Bürgschaft vertauscht ist. Im internationalen Geschäft ist der Wegfall des Prozessrisikos für den Gläubiger ein immenser Vorteil. Der Gläubiger wird mittels Liquiditätsvorteil und Wegfall des Bonitätsrisikos in eine privilegierende Position gehoben. Anfänglich und durch die h. M. bestätigt, wird der Rückforderungsanspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB (vgl. aber auch § 817 BGB) hergeleitet und ist bereicherungsrechtlicher Natur.<sup>31</sup> (Erst) Im Rückforderungsprozess trifft den Gläubiger die Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen und die Höhe der Forderung, wegen der die Zahlung verlangt wurde. Begründet wird dies damit, dass die Zahlung in Erwartung der Feststellung der Forderung geleistet wird und nicht wie im „Normalfall“ der aus ungerechtfertigter Bereicherung Rückzahlung fordernde Kläger das Nichtbestehen der Forderung zu beweisen hat, sollte dieser die Forderung durch die Zahlung oder vorher anerkannt haben.<sup>32</sup> Im Rückforderungsprozess findet das Bürgschaftsrecht Anwendung, denn die Rückforderung richtet sich nach allgemeinen Bürgschaftsregeln und ist somit nicht vertraglicher Natur. Der Behandlung als unvollkommen zweiseitig verpflichtenden Vertrag sui generis<sup>33</sup> bleibt folgerichtig kein Raum.

Eine individuelle Sicherheitenabrede über eine Bürgschaft auf erstes Anfordern ist wirksam, denn außerhalb der AGB gestattet es die Vertragsfreiheit jedermann, Bürgschaften auf erstes Anfordern zu erteilen.<sup>34</sup> Das OLG Brandenburg stellt fest, dass es bei einer im Baugewerbe tätigen Firma der Lebenserfahrung entspricht, dass eine Klausel allgemein und mehrfach Verwendung findet.<sup>35</sup> Nunmehr ist

die Darlegungs- und Beweislast bezüglich einer Individualvereinbarung sowie das Risiko der Verwendung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern auf den Verwender verschoben.<sup>36</sup> Nimmt man, wie das OLG Brandenburg an, dass der Beweis des ersten Anscheins greift, hat der Verwender die Möglichkeit, diesen Anschein zu widerlegen; dieser muss die individuelle Vereinbarung darlegen und beweisen, will er einem Wegfall der Sicherheit entgegenreten.<sup>37</sup>

Gerade in Bauinsolvenzen wird die Frage virulent, ob ein von der Bank oder dem Kautionsversicherer valutiertes Aval auf erstes Anfordern wirksam ist und erfolgreich gezogen werden kann.

## II. Bürgschaft auf erstes Anfordern in AGB

Praxisbezogen ist es gerade durch Vereinbarungen in Bau-AGB so, dass die Bürgschaft auf erstes Anfordern in der Rechtsprechung umfangreich Einzug gehalten hat. Vor dem Kurswechsel in der Rechtsprechung ist die formularmäßige Vereinbarung für Gewährleistungs- oder Vertragserfüllungsansprüche anstelle eines Sicherheiteninhalts noch in Bauverträgen vorgesehen. Mittlerweile kann der Auftraggeber/Verwender keine Sicherheit fordern, die den Bürgen/Vertragspartner formularmäßig zur Zahlung auf erstes Anfordern verpflichtet (§ 17 IV S. 3 VOB/B), soweit die VOB/B vereinbart worden war.

### 1. Wann liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) eigentlich vor?

Die Voraussetzungen richten sich nach §§ 305 ff BGB. Von praktischem Interesse sind insbesondere die §§ 305c und 307 BGB.<sup>38</sup>

Bürgschaften auf erstes Anfordern werden in erster Linie im bankgeschäftlichen Verkehr und im internationalen Handelsverkehr verwendet, weshalb Personen, die weder über Erfahrungen im Bankgeschäft verfügen noch auf Grund ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit mit Bürgschaften auf erstes Anfordern vertraut sind, sich der Gefahr nicht bewusst sind, dass sie vom Begünstigten im Erstprozess missbräuchlich erfolgreich auf Zahlung in Anspruch genommen werden können, obwohl die gesicherte Forderung nicht besteht oder einredebehaftet ist.<sup>39</sup> Bei formularmäßigen Bürgschaften auf erstes

<sup>29</sup> Leo/Ghassemi-Tabar, a. a. O.; vgl. auch BGH v. 08.03.2001, IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99 = WM 2001, 947.

<sup>30</sup> Vgl. bereits BGH v. 17.10.1996, IX ZR 325/95, WM 1996, 2228 = NJW 1997, 255.

<sup>31</sup> BGH v. 02.05.1979, VII ZR 157/78, BGHZ 74, 244 = WM 1979, 681.

<sup>32</sup> BGH v. 09.03.1989, IX ZR 64/88, WM 1989, 709 = NJW 1989, 1606, 1607.

<sup>33</sup> Gegensätzliche Ansicht Kopp, Bürgschaftsrechtliche Akzessorietät, 2008, S. 229.

<sup>34</sup> BGH v. 02.04.1998, IX ZR 79/97, WM 1998, 1062 = NJW 1998, 2280.

<sup>35</sup> OLG Brandenburg v. 27.08.2020, 12 U 28/20, NZBau 2021, 111 = NJW-RR 2020, 1472.

<sup>36</sup> OLG Brandenburg v. 27.08.2020, a. a. O., Rn. 20.

<sup>37</sup> OLG Brandenburg v. 27.08.2020, a. a. O., Rn. 20 mit Verweis auf BGH v. 27.11.2003, VII ZR 53/03, BGHZ 157, 102 = WM 2004, 290.

<sup>38</sup> Ausführlich und aus Sicht der Praxis: Steinwachs in: Steinwachs/Meyer/Schmelting/Mathes, Rechtssicheres Avalgeschäft, Rn. 49 ff.; vgl. auch BGH v. 16.07.2020, VII ZR 159/19, WM 2021, 2006 = NJW-RR 2020, 1219.

<sup>39</sup> BGH v. 10.09.2002, XI ZR 305/01, WM 2002, 2192 = NJW 2002, 3627 (noch zu §§ 3, 9 AGBG).

Anfordern, bei deren grundsätzlich gebotener objektiver Auslegung maßgeblich auf den objektiven Erklärungswert abzustellen ist, kommt der Klausel „*auf erstes Anfordern*“ für diesen Personenkreis regelmäßig ein

**Überraschungseffekt zu (§ 305c BGB).**<sup>40</sup> Überraschenden Charakter hat eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht und dieser mit ihr den Umständen nach vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht, wobei die Erwartungen des Vertragsgegners von allgemeinen und von individuellen Begleitumständen des Vertragsschlusses bestimmt werden.<sup>41</sup> Zu Ersteren zählen etwa der **Grad der Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht und die für den Geschäftskreis übliche Gestaltung**, zu Letzteren der **Gang und der Inhalt der Vertragsverhandlungen sowie der äußere Zuschnitt des Vertrags**, wobei es generell **nicht auf den Kenntnisstand** des einzelnen Vertragspartners, sondern auf die Erkenntnismöglichkeiten des für derartige Verträge in Betracht kommenden Personenkreises ankommt.<sup>42</sup>

Eine Bürgschaft auf erstes Anfordern ist aber auch unwirksam, wenn sie der **Inhaltskontrolle** nach **§ 307 BGB** nicht standhält, weil sie vom gesetzlichen Bürgschaftsrecht abweicht oder den Bürgen unangemessen belastet.<sup>43</sup> Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der **formulärmäßige Ausschluss der Einrede nach § 770 Abs. 2 BGB** mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und benachteiligt den Bürgen entgegen den Geboten des § 242 BGB (Treu und Glauben) unangemessen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB), wenn davon auch unbestrittene und rechtskräftig festgestellte Forderungen des Hauptschuldners umfasst werden.<sup>44</sup> Die Vorschrift des § 770 Abs. 2 BGB ist dabei vergleichbar mit einer durch § 309 Nr. 3 BGB verbotenen Bestimmung, die dem Vertragspartner des Klauselverwenders die Befugnis nimmt, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen, weshalb die Regelung im Klauselverbot des § 309 Nr. 2 BGB auch ein „*allgemeines Grundverständnis*“ von Treu und Glauben wiedergibt.<sup>45</sup>

Die Rechtsprechung geht im Übrigen bei **Bauverträgen** mittlerweile davon aus, dass vom

Grundsatz her jede Sicherungsabrede in einem Bauvertrag dem AGB-Recht unterliegt, da eine Vermutung „**Beweis des ersten Anscheins**“ besteht, dass auch jeder Bauvertrag als AGB einzustufen ist.<sup>46</sup> Danach entspricht es der Lebenserfahrung, dass eine Klausel in Bauverträgen allgemein und mehrfach Verwendung findet. Der wesentliche Kernbereich der Klausel muss zur Disposition gestanden haben; **allein, dass man über die Klausel spricht, führt gerade nicht zu einem individuellen Aushandeln.**<sup>47</sup>

**Außerhalb des AGB-Rechts** entspricht die Vereinbarung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern der Vertragsfreiheit.<sup>48</sup>

Will das Kreditinstitut (auch entgegen dem Auftrag des Hauptschuldners) eine dem gesetzlichen Leitbild entsprechende Bürgschaft leisten, eine solche auf erstes Anfordern herausgeben, muss die Bank nicht nur dessen **Zustimmung** einholen, sondern ihn auch über die für ihn damit verbundenen rechtlichen Nachteile **belehren**. Erfüllt sie diese Verpflichtung nicht, kann der Auftraggeber sich gegenüber dem Aufwendungsersatzanspruch mit allen Einwendungen verteidigen, die ihm gegen die Hauptforderung zustehen, es sei denn, er hat der Erteilung der Bürgschaft auf erstes Anfordern in Kenntnis der für ihn damit verbundenen Rechtsfolgen zugestimmt.<sup>49</sup> Die aufgezeigten Probleme mit Blick auf die §§ 305 ff. BGB lassen sich somit nur durch ausdrückliche Zustimmung mit dokumentierter vorheriger ausführlicher Belehrung bewältigen.

## 2. Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern

Die Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern wird als Alternative für einen Gewährleistungseinbehalt ausgelegt und ist **seit 1997 in AGB unwirksam**, denn der Sicherheitseinbehalt für die Dauer der Gewährleistungsfrist benachteiligt den Unternehmer unangemessen, wenn diesem kein angemessener Ausgleich dafür zugestanden werde.<sup>50</sup> Kein angemessener Ausgleich ist die Bürgschaft auf erstes Anfordern, da der Auftragnehmer wegen seiner Ansprüche auf einen u. U. langjährigen Prozess mit Übernahme des Bonitätsrisikos des Auftraggebers angewiesen ist und sich der Auftraggeber einen Liquiditätsvorteil durch unberechtigte Inanspruchnahme sichern könnte. Für diese Risikoverlagerung besteht keine Berechtigung.<sup>51</sup>



### SeminarTIPP

Kreditsicherheiten  
Spezial: Bürgschaften,  
31.05.2022, Zoom.

[www.FCH-Gruppe.de](http://www.FCH-Gruppe.de)

<sup>40</sup> BGH v. 10.09.2002, a. a. O., vgl. zur Auslegung als einfache Bürgschaft, wenn die Bürgschaft auf erstes Anfordern individualvertraglich vereinbart wurde, BGH v. 25.02.1999, IX ZR 24/98, WM 1999, 895, 899 = NJW 1999, 2361.

<sup>41</sup> BGH v. 10.09.2002, XI ZR 305/01, WM 2002, 2192 = NJW 2002, 2627 (noch zu §§ 3, 9 AGBG).

<sup>42</sup> BGH v. 10.09.2002, a. a. O.

<sup>43</sup> *Nobbe* in: Bankrechtshandbuch a. a. O., § 91 Rn. 558.

<sup>44</sup> BGH v. 24.10.2017, XI ZR 600/16, BGHZ 216, 288 Rn. 20 = WM 2017, 2386.

<sup>45</sup> BGH v. 24.10.2017, a. a. O. Rn. 21.

<sup>46</sup> OLG Brandenburg v. 27.08.2020, a. a. O., Rn. 20.

<sup>47</sup> OLG Brandenburg v. 26.11.2020, 5 U 354/09, OLG Düsseldorf, NZBau 2021, 454 = NJW-RR 2021, 672.

<sup>48</sup> Vgl. bereits BGH v. 02.04.1998, IX ZR 79/97, WM 1998, 1062 = NJW 1998, 2280.

<sup>49</sup> BGH v. 10.02.2000, IX ZR 397/98, BGHZ 143, 381 = WM 2000, 715.

<sup>50</sup> BGH v. 05.06.1997, VII ZR 324/95, BGHZ 136, 27 = WM 1997, 1625.

<sup>51</sup> BGH v. 05.06.1997, a. a. O.

### 3. Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern

Die Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft ist **seit dem 01.01.2003 in AGB unwirksam**, da diese den Auftragnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt<sup>52</sup>, was von einer unmittelbar darauffolgenden Entscheidung<sup>53</sup> und in einer aktuellen Entscheidung<sup>54</sup> bestätigt wird.

Im Streitgegenständlichen Fall kann die Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern der Inhaltskontrolle nicht standhalten.<sup>55</sup> Begründet wird dies mit dem Hauptzweck der Bürgschaft auf erstes Anfordern, der sofortigen Liquiditätsverschaffung ohne weiteren Nachweis bezüglich des Eintritts eines Sicherungsfalls oder sich sofort liquide Mittel allein durch die Behauptung zu verschaffen, ein vom Bürgschaftszweck gedeckter Anspruch sei vorhanden.<sup>56</sup> Dies entlastet den Besteller von dem ihn gesetzlich treffenden Risiko einer Insolvenz des Auftragnehmers im Erfüllungsstadium, dehnt die Sicherungsrechte des Auftraggebers über sein anerkanntes Interesse unangemessen aus, bürdet dem Auftragnehmer die Klagelast und das Insolvenzrisiko für einen Rückforderungsprozess auf und setzt ihn der Gefahr aus, durch den Rückgriff des Bürgen ohne bestehenden Anspruch des Gläubigers belastet zu werden.<sup>57</sup>

### 4. Vorauszahlungsbürgschaft auf erstes Anfordern

Im Anschluss an die angeführten Urteile ging eine Literaturmeinung davon aus, es sei schwer vorstellbar, dass es zukünftig noch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern geben könne, die nicht an der Inhaltskontrolle scheitert und für unwirksam erklärt werde.<sup>58</sup>

**Abbildung: Aval-Arten und dazugehörige Entscheidungen des BGH oder OLG**

Aval-Art (jeweils auf erstes Anfordern in AGB vereinbart)	Entscheidung BGH oder OLG
Gewährleistungsbürgschaft (Mängel-Aval)	BGH: Unwirksamkeit seit 1997
Vertragserfüllungs-Aval	BGH: Unwirksamkeit seit 2003
Vorauszahlungs-Aval	OLG Stuttgart: unwirksam; OLG Frankfurt: wirksam
Miet-Aval	KG und OLG Karlsruhe: wirksam im gewerblichen Bereich

Über eine etwaige Unwirksamkeit der Vorauszahlungsbürgschaft auf erstes Anfordern ist noch **keine höchstrichterliche Entscheidung** ergangen. In der **Instanzengerichtsbarkeit** ist dies **umstritten**.<sup>59</sup> Da das Wesen der Vorauszahlungsbürgschaft auf erstes Anfordern und der Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern Parallelen aufweist, könnte mit einer analogen Entscheidung zur Vertragserfüllungsbürgschaft zu rechnen sein.<sup>60</sup>

### 5. Mietbürgschaft auf erstes Anfordern

Wird die v. a. im gewerblichen Bereich etablierte Form der **Mietbürgschaft**<sup>61</sup> mit **Anforderungsklausel anstelle der Barkautions** mit Anforderungsklausel vereinbart, stellt sich die Frage einer unangemessenen Verschiebung des vermietetseitigen Insolvenzrisikos auf den Mieter.<sup>62</sup> Über eine etwaige Unwirksamkeit der Mietbürgschaft auf erstes Anfordern in AGB wurde höchstrichterlich jedoch noch nicht entschieden.<sup>63</sup>

Bei gewerblichen Mietern soll das Miet-Aval auf erstes Anfordern wirksam vereinbart werden können nach KG und OLG Karlsruhe.<sup>64</sup> Das OLG Karlsruhe sieht hier eine andere Ausgangssituation als im Baurecht, da die Bürgschaft hier die Barkautions ersetze, weshalb der Mieter von Beginn an das Risiko einer unberechtigten Inanspruchnahme nebst der Gefahr einer sich anschließenden Insolvenz oder sonstiger Nicht-einbringlichkeit der zu Unrecht vom Vermieter vereinnahmten Mittel trage.<sup>65</sup>

### III. Fazit

Im Anschluss an *Steinwachs*<sup>66</sup>, kann man wie folgt zusammenfassen (s. Abbildung):

<sup>52</sup> BGH v. 18.04.2002, VII ZR 192/01, BGHZ 151, 299 = WM 2002, 1415.

<sup>53</sup> BGH v. 04.07.2002, VII ZR 502/99, WM 2002, 1876 = NJW, 2002, 3098, 3098; Es lässt sich kritisch betrachten, dass der BGH das Instrument der ergänzenden Vertragsauslegung anwendet, um den ersatzlosen Wegfall der Bürgschaft zu vermeiden und anhand geltungserhaltender Reduktion von einer selbstschuldnerischen Bürgschaft ausgeht (daher auch der Einsatz der Fristenlösung), vgl. hierzu *Schmeling* in: Steinwachs/Meyer/Schmeling/Mathes, Rechtssicheres Avalgeschäft, 2020, Rn. 427.

<sup>54</sup> BGH v. 16.07.2020, VII ZR 159/19, WM 2021, 2006 = NJW-RR 2020, 1219.

<sup>55</sup> BGH v. 18.04.2002, VII ZR 192/01, WM 2002, 1415 = NJW 2002, 2388.

<sup>56</sup> BGH v. 18.04.2002, a. a. O.

<sup>57</sup> BGH v. 18.04.2002, a. a. O.

<sup>58</sup> von Westphalen, ZIP 2004, 1433, 1440.

<sup>59</sup> Während das OLG Stuttgart richtigerweise eine Unwirksamkeit der VZ-Bürgschaft in AGB anerkennt, gelangen das OLG Düsseldorf und das OLG Frankfurt zur Wirksamkeit, vgl. hierzu *Steinwachs*, ZInsO 2019, 1393, 1402.

<sup>60</sup> *Steinwachs* in: Steinwachs/Meyer/Schmeling/Mathes, Rechtssicheres Avalgeschäft, Rn. 169 f. (inklusive schematisierter Übersicht zu den bisherigen Entscheidungen über die Bürgschaften zahlbar auf erste Anforderung in AGB); Zur gebotenen Unwirksamkeit der Vorauszahlungsbürgschaft auf erstes Anfordern: *Steinwachs*, ZInsO 2019, 1393, 1402.

<sup>61</sup> *Schmeling* in: Steinwachs/Meyer/Schmeling/Mathes, Rechtssicheres Avalgeschäft, Rn. 432; Überblick über mögliche Sicherungsformen: Derleder, NZM 2006, 601 ff.; Horst, NZM 2018, S. 889 ff.

<sup>62</sup> *Schmeling* in: Steinwachs/Meyer/Schmeling/Mathes, Rechtssicheres Avalgeschäft, Rn. 431 f.

<sup>63</sup> *Schmeling* in: Steinwachs/Meyer/Schmeling/Mathes, Rechtssicheres Avalgeschäft, Rn. 434 ff.

<sup>64</sup> *Schmeling* in: Steinwachs/Meyer/Schmeling/Mathes, Rechtssicheres Avalgeschäft, Rn. 435.

<sup>65</sup> OLG Karlsruhe v. 02.07.2004, 1 U 12/04, NZM 2004, 742 = MDR 2005, 85, a. A. Fischer, NZM 2003, 497, 499; *Leo/Ghassemi-Tabar*, NZM 2012, S. 97, 99 die jeweils auf die Intransparenz abstellen (§ 307 BGB).

<sup>66</sup> *Steinwachs* in: Steinwachs/Meyer/Schmeling/Mathes, Rechtssicheres Avalgeschäft, Rn. 169 f.

Selbstverständlich spielt die **Aval-Art** eine entscheidende Rolle für die Frage, ob ein „erstes Anfordern“ vereinbart werden kann. Gleichwohl raten die Verfasser zur genauen Prüfung des Personenkreises, mit dem eine solche Vereinbarung geschlossen werden soll. Mehr noch: Unabhängig vom Personenkreis sollte nicht auf allgemein übliche Formulare zurückgegriffen werden. Dies verbietet sich aus Sicht der Autoren bereits aufgrund der dargelegten Probleme im Hinblick auf §§ 305c BGB (überraschende Klausel) und § 307 BGB (Inhaltskontrolle). Vielmehr müssen solche Vereinbarungen individuell mit dem Bürgen besprochen und ausgehandelt werden. Dies erfordert zwingend eine Dokumentation dieser Vorgänge. Der Bürgschaftsnehmer darf darüber hinaus unter keinen Umständen

vergessen, diese Vorgänge explizit zu dokumentieren. Überwiegend rechtssicher, soweit man das sagen kann, handelt er indes nur, wenn er vollumfänglich sprichwörtlich „Ross und Reiter“ benennt und (!) darüber hinaus dokumentieren kann, dass der Bürge zumindest alle in diesem Artikel angesprochenen Punkte verstanden hat und trotz z. B. der Gefahr zu Unrecht – aus welchen Gründen auch immer – in Anspruch genommen zu werden, keine Einwendungen entgegensetzt. Dabei sollte – außerhalb des Bereichs von Kreditinstituten binnen ihrer regelmäßig gesetzlich garantierten Haftung – tunlichst auch auf die Gefahr, dass der Bürgschaftsnehmer selbst einer **Insolvenzgefahr** ausgesetzt ist, ein Rückforderungsprozess also bereits wirtschaftlich sinnlos werden kann, hingewiesen werden. □

#### PRAXISTIPPS

- Für die Vereinbarung spielt die Aval-Art eine entscheidende Rolle.
- Es muss genau geprüft werden, ob die Bürgschaft (ebenso wie die Garantie) überhaupt mit dem Personenkreis wirksam vereinbart werden kann.
- Im Zweifel, der grundsätzlich aufgrund der eher restriktiven Rechtsprechung berechtigt ist, sollte unabhängig vom Personenkreis eine ausführliche Erläuterung mit Blick auf Gefahren erfolgen, die mit einer Bürgschaft auf erstes Anfordern verbunden sind.
- Diese Erläuterungen müssen aus Sicht der Verfasser in Form einer dokumentierten Aufklärungsvereinbarung erfolgen, bei denen auch der Bürge explizit erklärt, dass er (alle dokumentierten Warnhinweise verstanden hat und aus diesem Grund) zustimmt und unterschreibt.
- In jedem Fall sollte der Hinweis auch darauf Bezug nehmen, dass der Bürgschaftsnehmer nach Einzug der Forderung nur eingeschränkt einer Rückforderungspflicht unterliegen kann, wenn er selbst insolvent wird.