

## **Aktuelle Entscheidung vom Landgericht Hannover, Urt. v. 02.06.2021, -AZ: 14 O 222/20- (IBR-RS 2021, 2364)**

### **Unwirksamkeit der Sicherungsabrede zur Stellung eines Mängelavals unter Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit (§ 770 Abs. 1 BGB)**

Die Leitsätze des Landgerichts Hannover sind eindeutig in ihrer Aussage.

1. Eine vom Auftraggeber gestellte Sicherungsabrede, nach der der Auftraggeber einen 5%-igen Bareinbehalt zur Sicherung von Mängelansprüchen durch eine Bürgschaft ablösen kann, in der der Bürge auf die **Einrede der Anfechtbarkeit (§ 770 Abs. 1 BGB) verzichten muss**, benachteiligt den Auftraggeber entgegen den Geboten von Treu und Glauben.
2. **Eine solche Sicherungsabrede ist insgesamt unwirksam.**

Die Entscheidung ist unter zwei Aspekten interessant für die Mängelbürgschaftsbearbeitung.

#### **1. Unwirksamkeit der Sicherungsabrede**

Das Landgericht Hannover beruft sich auf eine ältere Entscheidung des BGH vom 16.09.1993 (AZ VII ZR 266/92; IBR 1994, 45). In dieser Entscheidung wurde judiziert, dass bei einem Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit eine vollumfängliche Unwirksamkeit der Sicherungsabrede im Bauvertrag festgestellt werden kann. Dies hatte der BGH seinerzeit sogar zu einer Garantie entschieden. Im Umkehrschluss ist es nur konsequent, wenn dies aufgrund der Akzessorietät auch zu einer Bürgschaft angenommen wird, wie durch das Landgericht Hannover judiziert. Dabei ist die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte durchaus unterschiedlicher Ansicht. Zu einer Unwirksamkeit gelangt das OLG München, in zwei Entscheidungen (IBR 2017, 23 und IBR 2019,71). Zu einer Wirksamkeit gelangt das OLG Frankfurt, IBR 2020, 457, wobei sich das OLG Frankfurt mit der älteren Rechtsprechung des BGH leider nicht auseinandersetzt.

#### **2. Einrede der Verjährung**

Das Landgericht Hannover kommt zu einer weiteren Unwirksamkeit der Bürgschaft bzw. zu einer Einredemöglichkeit, da der Hauptschuldner und der Bürgschaftsnehmer im Nachgang eine Verjährungsverlängerung vereinbart hatten. Dass dies zu Lasten des Bürgen geht, liegt auf der Hand. Dies hätte das Landgericht Hannover auch zwanglos mit § 768 Abs. 2 BGB begründen können.

#### **3. Einschätzung der Entscheidung**

Das Landgericht Hannover liegt auf der Linie des BGH und des OLG München, auch wenn es sich um eine ältere Rechtsprechung handelt und der überwiegenden Meinung in der Literatur (*Steckhan*, Anm. zum Urt. Landgericht Hannover, IBR-online vom 02.08.2021, *Steinwachs* in: *Steinwachs, Meyer, Schmelting, Mathes, Rechtssicheres Avalgeschäft*, 4. Aufl., Rz 58 ff.; *Steinwachs* ZInsO 2019, 193/1400; *Windorfer NZBau* 2017, 460/462).

Zumindest in AGB darf ein derartiger Ausschluss der Anfechtbarkeit gemäß § 770 Abs. 1 BGB als Einredeausschluss nicht vereinbart werden. Dies ergibt sich aus dem Akzessorietätsgrundsatz des Bürgschaftsrechts. Ansonsten würde die Bürgschaft einer Garantie weiter angenähert werden und selbst

bei einer Unwirksamkeit der Hauptschuld aufgrund von Sittenwidrigkeit bzw. Drohung könnte ein Bürge dies nicht vortragen. Daher ist die gesetzliche Wertung des § 770 Abs.1 BGB als Einrede aufrechtzuerhalten. Nichts anderes hat das Landgericht Hannover mit seinem Urteil getan. Es kann nur jedem Auftraggeber angeraten werden, zumindest in Mängelavalen, auf den Einredeausschluss des § 770 Abs. 1 BGB zu verzichten (so auch *Steckhan*, Anm. LG Hannover, IBR-online vom 02.08.2021).