

## **Unklare Sicherungsklausel ist unwirksam**

**OLG Koblenz Urt. v. 24.06.2021, 2 U 391/19, rechtskräftig durch zurückgewiesene Nichtzulassungsbeschwerde: BGH, Beschluss v. 10.08.2022, 7 ZR 632/21 = IBR 2022, 625**

- 1. Eine Sicherungsabrede ist intransparent und unwirksam, wenn aus der Klausel nicht hervorgeht, in welcher Form die Sicherheit zu leisten ist und der Auftraggeber den in der Sicherheit vorgesehenen Betrag einbehalten darf, ohne dem Auftragnehmer einen Ausgleich zuzugestehen.**

Zunächst judiziert das Gericht zum Vorliegen von Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB). Spricht der erste Anschein für das Vorliegen von AGB, trifft den Beklagten (= Auftraggeber und Bürgschaftsnehmer) als Verwender die Darlegungs- und Beweislast, dass der Vertrag oder eine einzelne Vertragsbeziehung individuell ausgehandelt worden ist. Wegen des Schutzzwecks des Gesetzes sind an diesen Beweis „*strenge Anforderungen*“ zu stellen.

Es reicht hierzu nicht aus, dass der Auftraggeber pauschal vorträgt, alle Klauseln hätten zur Disposition gestanden, ohne näher konkret auf die geführten Gespräche einzugehen. Da aus der Sicherungsklausel nicht hervorging, in welcher Form die Sicherheiten zu leisten war, z. B. als Bareinbehalt, Bürgschaft oder Sicherungsabtretung, war diese Sicherungsklausel intransparent und damit gemäß § 307 Abs. 1, S 2 BGB unwirksam.

- 2. Die Gewährleistungssicherungsklausel war unangemessen nach Ansicht der Gerichte, da in ihr vorgesehen wurde, dass der Barsicherungseinbehalt nur durch eine Bürgschaft abzulösen war, in der uneingeschränkt auf die Einrede der Aufrechenbarkeit verzichtet wurde (§ 770 Abs. 2 BGB).**

### **Auswirkung für die Praxis:**

Soweit eine unklare Sicherungsklausel in AGB vereinbart wird, ist diese ohne Weiteres unwirksam. Sollte, wie vorliegend, der komplette Ausschluss der Aufrechenbarkeit gemäß § 770 Abs. 2 BGB vereinbart sein, so ist die Klausel auch aus diesem Grunde unwirksam und nicht auslegungsfähig und damit heilbar. Der Bürge kann sonach gemäß § 768 i. V. m. §§ 812, 821 BGB die Herausgabe der Bürgschaft verlangen.

### **Anmerkung:**

Die Entscheidung zeigt eindrucksvoll auf, dass die Entscheidung zur Wirksamkeit des Ausschlusses nach § 770 Abs. 1 BGB durch den IX. Zivilsenat wohl keine Gnade finden wird vor dem Fachsenat des Bausenats (VII = Senat des BGH). Man wird abwarten müssen, wann der VII. Senat eine Chance erhält, die Entscheidung des IX. Zivilsenats zu revidieren.