

Zur Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden

und

Möglichkeiten einer Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede



I. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden

1. Inhalt und Rechtsnatur der Sicherungsabrede
2. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden über eine Vertragserfüllungsbürgschaft
3. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden über eine Mängelbürgschaft
 - a) Formularmäßige Vereinbarung der Ablösung eines Sicherheitseinbehalts allein durch eine Bürgschaft a.e.A.
 - b) Formularmäßiger Ausschluss von § 768 BGB



I. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden

1. Inhalt und Rechtsnatur der Sicherungsabrede

- Eine Verpflichtung, Sicherheit zu leisten, erfordert eine Sicherungsabrede.
- Die Sicherungsabrede ist eine vom Hauptvertrag unabhängige, selbständige und rechtsgeschäftliche Vereinbarung.
- Sie wird üblicherweise als Bestandteil des Hauptvertrages vereinbart.



I. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden

1. Inhalt und Rechtsnatur der Sicherungsabrede

Notwendige Bestandteile der Sicherungsabrede sind:

- die Verpflichtung, dass eine oder beide Vertragsparteien eine Sicherheit stellen,
- das Sicherungsmittel,
- ein bestimmter Sicherungszweck,
- eine bestimmte Sicherungshöhe,
- eine bestimmte Sicherungsart und
- der Zeitpunkt, wann der Sicherungsfall eintritt.



I. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden

2. Sicherungsabreden über Vertragserfüllungsbürgschaften

Die Verpflichtung eines Bauunternehmers in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bestellers, zur Sicherung von Vertragserfüllungsansprüchen eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen, ist unwirksam.

(BGH, Urt. v. 18.04.2002 – VII ZR 192/01).



I. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden

2. Sicherungsabreden über Vertragserfüllungsbürgschaften

- Möglichkeit der Inanspruchnahme der Sicherheit durch den AG, ohne schlüssige Darlegung des Sicherungsfalls.
- Dem Bürgen bleibt nur der Einwand des Rechtsmissbrauchs.
- Im Übrigen ist er auf den Rückforderungsprozess verwiesen.
- Der AN unterliegt der Gefahr, durch den Rückgriff des Bürgen mit der Bürgschaftssumme belastet zu werden.
- AN trägt dadurch das Insolvenzrisiko des AG.
- Eine materiell-rechtliche Prüfung über das Bestehen des Anspruchs findet nicht statt.



I. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden

2. Sicherungsabreden über Vertragserfüllungsbürgschaften

- Unwirksam ist eine Klausel, wonach neben einer Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10% noch Einbehalte von 10% der Rechnungsbeträge vorgenommen werden können.
- Diese Kombination führt zu einer Sicherheitsleistung von **20%**, die zu hoch ist (LG München, Urt. v. 08.09.1998 – 11 O 10676/98).
- Wirksam sind Sicherungsabreden, wenn die Sicherungshöhe in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Höhe **10%** der Auftragssumme **nicht übersteigt**.



I. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden

2. Sicherungsabreden über Vertragserfüllungsbürgschaften

- Herausgabe der Bürgschaftsurkunde nach § 812 BGB (BGH, Urt. v. 18.04.2002 – VII ZR 192/01).
- Herausgabe nicht an den AN, sondern gemäß § 371 BGB an den Bürgen (OLG Naumburg, Urt. v. 07.12.2005 – 6 U 105/05).
- AG hat keinen Anspruch mehr auf Sicherheiten (BGH, Urt. v. 02.03.2000 – VII ZR 475/98).
- AG hat kein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB, weil er sich ansonsten eine Sicherheit verschaffen würde, auf die er keinen Anspruch hat (OLG Karlsruhe, Urt. v. 26.11.2003 – 7 U 135/00).



I. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden

2. Sicherungsabreden über Vertragserfüllungsbürgschaften

- Gerät der AG mit der Rückgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft in Verzug, haftet er für die weiteren Avalzinsen (OLG Koblenz, Urt. V. 11.05.2006 – 5 U 1806/05).
- Das gilt selbst dann, wenn er versehentlich die Bürgschaft an sich selbst – statt an die Bank – verlangte.



I. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden

3. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden über Mängelsicherheiten

a) Ablösung einer Barsicherheit allein durch Bürgschaft auf erstes Anfordern in AGB:

BGH vom 5. Juni 1997 (VII ZR 324/95):

- Eine Bürgschaft a.e.A. gewährt dem Gläubiger Vorteile, die über seine Sicherungsinteressen hinausgehen, weil er sich sofort liquide Mittel verschaffen kann, wenn der Sicherungsfall seiner Meinung nach eingetreten ist.
- Die Sicherungsform a.e.A. begründet die Gefahr des Missbrauchs, weil die Fälligkeit der gesicherten Forderung nicht schlüssig dargelegt werden muss.
- Zahlt der Bürge, trägt er bzw. der AN das Insolvenzrisiko des AG (Beachtung schon im Erstprozess).



I. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden

3. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden über Mängelsicherheiten

a) Ablösung einer Barsicherheit allein durch Bürgschaft auf erstes Anfordern in AGB:

BGH vom 16. Mai 2002 (VII ZR 494/00):

- Eine vorrangig vor der VOB/B geltende Vertragsklausel, in den AGB des AG, die vorsieht, dass von der Schlussrechnung ein Einbehalt für Mängelansprüche in Abzug gebracht wird, der allein durch eine Bürgschaft a.e.A. abzulösen ist, ist dahin auszulegen, dass damit sowohl das Wahlrecht des AN aus § 17 Nr. 3 VOB/B als auch die Verpflichtung des AG zur Einzahlung der Sicherheit auf ein Sperrkonto nach § 17 Nr. 6 VOB/B ausgeschlossen ist.
- Eine solche Klausel ist unwirksam.



I. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden

3. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden über Mängelsicherheiten

a) Ablösung einer Barsicherheit allein durch Bürgschaft auf erstes Anfordern in AGB:

BGH vom 10. April 2003 (VII ZR 314/01):

- Stellt der Bürge eine Bürgschaft a.e.A., obwohl der AG aufgrund der Sicherungsabrede nur einen Anspruch auf eine selbstschuldnerische Bürgschaft hatte, ist der Bürge aus der selbstschuldnerischen Bürgschaft verpflichtet, wenn sich der AG verpflichtet, die Bürgschaft nicht in der Form a.e.A. geltend zu machen.
- Unwirksam ist eine Klausel, die vorsieht, dass Zahlungen bis zu 95 % geleistet werden und der Rest durch eine befristete Bürgschaft nach Vorgabe des AG abgelöst werden kann.



I. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden

3. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden über Mängelsicherheiten

a) Ablösung einer Barsicherheit allein durch Bürgschaft auf erstes Anfordern in AGB:

BGH vom 13. November 2003 (VII ZR 57/02):

- Eine Klausel, wonach ein Sicherheitseinbehalt in Höhe von 5% der Bausumme für die Dauer der Verjährungsfrist für Mängelansprüche durch eine selbstschuldnerische unbefristete Bürgschaft abgelöst werden kann, ist nicht unwirksam.
- Sie wird jedoch unwirksam, wenn die Ablösung zusätzlich davon abhängig gemacht wird, dass keine wesentlichen Mängel vorhanden sind.



I. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden

3. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden über Mängelsicherheiten

a) Ablösung einer Barsicherheit allein durch Bürgschaft auf erstes Anfordern in AGB:

BGH vom 26. Februar 2004 (VII ZR 247/02):

- Eine Klausel, die den AN verpflichtet, zur Sicherung der Mängelansprüche des AG ausschließlich eine unbefristete, unwiderrufliche und selbstschuldnerische Bürgschaft zu stellen, ist wirksam.
- Wird der AN verpflichtet, die Bürgschaft gemäß „*Muster des Auftraggebers*“ zu stellen, ist damit in Anlehnung an § 17 Nr. 4 Satz 2 VOB/B (2000) zum Ausdruck gebracht, dass die Bürgschaft nach Vorschrift des AG auszustellen ist.
- Dadurch wird der AG aber nicht berechtigt, die Sicherungsabrede durch das Muster zu erweitern.



I. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden

3. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden über Mängelsicherheiten

a) Ablösung einer Barsicherheit allein durch Bürgschaft auf erstes Anfordern in AGB:

BGH vom 9. Dezember 2004 (VII ZR 265/03):

- Die Grundsätze dieser Rechtsprechung gelten auch für öffentliche Auftraggeber, selbst wenn der AN dort nicht das Insolvenzrisiko tragen muss.
- Durch den Rückgriff des Bürgen, der aus der Bürgschaft in Anspruch genommen wird, wird dem AN Liquidität entzogen.
- Zahlt der öffentliche AG einen zu Unrecht erhaltenen Betrag nicht zurück, ist der AN in seinem Kreditrahmen beschränkt.
- Er muss seinen Rückforderungsanspruch gerichtlich geltend machen und trägt damit die Last der Prozessführung.



I. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden

3. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden über Mängelsicherheiten

b) Formularmäßiger Ausschluss von § 768 BGB:

Einreden des Bürgen.

(1) Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Stirbt der Hauptschuldner, so kann sich der Bürge nicht darauf berufen, dass der Erbe für die Verbindlichkeit nur beschränkt haftet.

(2) Der Bürge verliert die Einrede nicht dadurch, dass der Hauptschuldner auf sie verzichtet.



I. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden

3. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden über Mängelsicherheiten

b) Formularmäßiger Ausschluss von § 768 BGB:

- Genereller Ausschluss der Einreden aus § 768 BGB kann auch in einer Bürgschaft a.e.A. formularmäßig nicht wirksam vereinbart werden (BGH, Ur. v. 8. März 2001 – IX ZR 236/00)
- Die bürgschaftsrechtliche Verpflichtung wird gekennzeichnet durch die Abhängigkeit der Haftung vom Bestehen der Hauptschuld.
- Durch den Verlust der Einrede nach § 768 BGB würde der dort verankerte Akzessorietätsgrundsatz ausgehebelt und die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses geändert.
- Eine Regelung, die dem Bürgen den Schutz des § 768 BGB umfassend nimmt, also auch im Rückforderungsprozess zu beachten wäre, ist daher unwirksam.



I. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden

3. Unwirksamkeit vertraglicher Sicherungsabreden über Mängelsicherheiten

b) Formularmäßiger Ausschluss von § 768 BGB:

- Verzichtet der Bürge aus freien Stücken auf seine Rechte aus § 768 BGB, bestehen keine Bedenken gegen die Wirksamkeit eines solchen Verzichts.
- Die Vorschrift des § 768 BGB ist dispositiv (BGH, Urt. v. 25.10.1979 – III ZR 182/77).
- Damit nähert sich die Haftung des Bürgen der eines Garanten an.
- Der Bürge hat – auch im Rückforderungsprozess – nicht mehr die Möglichkeit, Einreden des Hauptschuldners geltend zu machen.



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

1. Verwertung einer Vertragserfüllungsbürgschaft trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft trotz unwirksamer Sicherungsabrede

- a) Mögliche Ansprüche des Auftraggebers (Gläubigers) gegen den Bürgen
 - aa) Ansprüche aus § 328 BGB
 - bb) Schadensersatzansprüche
- b) Ansprüche des Auftragnehmers (Hauptschuldners) gegen den Auftraggeber (Gläubigers)
- c) Ansprüche des Auftragnehmers (Hauptschuldners) gegen den Bürgen



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

1. Verwertung einer Vertragserfüllungsbürgschaft

- Maßgebend ist die Entscheidung des BGH vom 4. Juli 2002 (VII ZR 502/99).
- Die Sicherungsabrede hinsichtlich der Gestellung einer Bürgschaft a.e.A. ist zwar unwirksam.
- Es kommt aber eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht, wonach der AN eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft ohne den Zusatz a.e.A. schuldet.



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

1. Verwertung einer Vertragserfüllungsbürgschaft

- Ohne ergänzende Vertragsauslegung würde das Vertragsgefüge einseitig zu Lasten des AG verschoben.
- Es entspräche dem beiderseitigen Interesse der Parteien, dem Sicherungsinteresse des AG durch eine wirksame Sicherheit Rechnung zu tragen.
- Der ersatzlose Wegfall einer Sicherheit für den AG sei nicht sachgerecht.
- Hätten die Parteien die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede erkannt, hätten sie eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft gewählt.



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

1. Verwertung einer Vertragserfüllungsbürgschaft

- Ergänzende Vertragsauslegung kommt aber nur für Altfälle in Betracht.
- Wird die unwirksame Klausel aber bewusst verwandt, sei keine Lücke anzunehmen, die durch eine ergänzende Vertragsauslegung geschlossen werden müsste.
- Wer nach dem Bekannt werden der Entscheidung vom 4. Juli 2002 derartige unwirksame Klauseln vereinbart, wird nicht geschützt.



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft

- Ergänzende Vertragsauslegung kommt **nicht** in Betracht (BGH, Urt. v. 14.04.2005 – VII ZR 56/04).
- Maßgebend ist ein objektiv-generalisierender Maßstab. Dieser hat sich am Willen und Interesse der typischerweise beteiligten Verkehrskreise auszurichten.
- Spekulative Behauptungen können diese nicht ersetzen. Im VOB/B-Vertrag gibt § 17 mehrere Möglichkeiten vor, eine Sicherheit zu stellen.
- Dass die Parteien eine Bürgschaft a.e.A. vereinbaren wollten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede bekannt gewesen wäre, ist unwahrscheinlich.



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft

a) Mögliche Ansprüche des Auftraggebers (Gläubigers) gegen den Bürgen

- Übergibt der Bürge dem Gläubiger eine Bürgschaft a.e.A., obwohl nach der Sicherungsabrede nur eine selbstschuldnerische Bürgschaft geschuldet war, bleibt der Bürge verpflichtet.
- Die Sicherungsabrede ist nicht unwirksam.
- Der AG als Gläubiger der Bürgschaftsforderung kann die Bürgschaft aber nur als selbstschuldnerische Bürgschaft geltend machen (BGH, Urt. v. 04.07.2002 – IX ZR 97/99).



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft

a) Mögliche Ansprüche des Auftraggebers (Gläubigers) gegen den Bürgen

aa) Ansprüche des AG gegen den Bürgen aus § 328 BGB

- Die Bürgschaftsverpflichtung richtet sich nach § 765 BGB.
- Danach wird die Bürgschaft durch Vertrag zwischen dem Gläubiger der gesicherten Forderung (AG) und dem Bürgen begründet.
- Einer Mitwirkung des Schuldners bedarf es nicht.
- Die rechtliche Möglichkeit eines Bürgschaftsvertrages zu Gunsten Dritter ist anerkannt (BGH, Urt. v. 19.09.1991 – IX ZR 296/90).



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft

a) Mögliche Ansprüche des Auftraggebers (Gläubigers) gegen den Bürgen

aa) Ansprüche des AG gegen den Bürgen aus § 328 BGB

- VzD nur bei entsprechender vertraglicher Verpflichtung des Bürgen.
- Bürgschaftsverpflichtung nach § 765 BGB setzt schon eine Dreiecksbeziehung voraus.
- Wenn Gläubiger der gesicherten Forderung und Bürgschaftsgläubiger nicht (mehr) identisch sind, weil die Forderung abgetreten wurde, kommt ein VzD in Betracht, wenn der Bürge ein entsprechende Erklärung – auch gegenüber dem Vierten verpflichtet zu sein – abgegeben hat.



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft

a) Mögliche Ansprüche des Auftraggebers (Gläubigers) gegen den Bürgen

bb) Schadenersatz wegen mangelnder Aufklärung durch Bürgen

- § 765 BGB enthält die Hauptpflicht, für die übernommene Verpflichtung des Hauptschuldners einzustehen und bei Eintritt des Sicherungsfalls zu leisten.
- Die Überprüfung der Sicherungsabrede zwischen AG und AN gehört nicht zur Hauptpflicht aus § 765 BGB.
- Eine Nebenpflichtverletzung kann aus § 241 Abs. 2 BGB folgen, wenn der Bürge hinsichtlich der Rechtsgüter und Interessen des Gläubigers rücksichtslos handelt.



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft

a) Mögliche Ansprüche des Auftraggebers (Gläubigers) gegen den Bürgen

bb) Schadensersatz wegen mangelnder Aufklärung durch Bürgen

- Dem Bürgen obliegen jedoch auch keine bürgschaftsspezifischen Warnpflichten gegenüber dem Gläubiger (BGH, Urt. v. 10.06.1999 – IX ZR 409/97).
- Diese ergeben sich nur im Hinblick auf seine Person, wenn die Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung Risiken für den Gläubiger birgt.



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft

a) Mögliche Ansprüche des Auftraggebers (Gläubigers) gegen den Bürgen

bb) Schadenersatz wegen mangelnder Aufklärung durch Bürgen

- Lässt sich der Bürge allerdings die Sicherungsabrede zwischen AG und AN zur Prüfung vorlegen, hat er den Gläubiger – und auch den Hauptschuldner – auf eine etwaige Unwirksamkeit hinzuweisen.
- Verpflichten sich Banken oder Kreditversicherer, gehören sie zu denen vom BGH gemeinten beteiligten Verkehrskreisen.
- Das Beifügen eines Blanko-Bürgschaftsformulars führt dagegen noch nicht zur Überprüfung der Sicherungsabrede, weil das Formular in der Regel die Sicherungsabrede nur ergänzt.



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft

a) Mögliche Ansprüche des Auftraggebers (Gläubigers) gegen den Bürgen

cc) Ergebnis

- Dem Gläubiger der Bürgschaftsforderung (Auftraggeber des Werkvertrages) stehen beim Vorliegen einer unwirksamen Sicherungsabrede regelmäßig keine Ansprüche gegen den Bürgen zu.
- Etwas anderes gilt nur, wenn sich der Bürge die Sicherungsabrede zur Prüfung vorlegen lässt und die Unwirksamkeit erkennbar war und der Bürge keinen Warnhinweis gab.



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft

c) Ansprüche des Auftragnehmers (Hauptschuldners) gegen den Bürgen

- Der Verpflichtung des Bürgen, dem Gläubiger gegenüber wegen der Verbindlichkeit des Hauptschuldners einzustehen, liegt ein

Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB

zwischen Bürge und Hauptschuldner zugrunde.

- Die Geschäftsbesorgung enthält dienst- und werkvertragliche Elemente.



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft

c) Ansprüche des Auftragnehmers (Hauptschuldners) gegen den Bürgen

- Der Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB zwischen Hauptschuldner und Bürge wird in der Praxis als **Avalkredit-, Avalrahmen- oder Avalvertrag** bezeichnet.
- Das dienstvertragliche Element besteht in der Ausfertigung der Bürgschaftsurkunde, für die als Entgelt die sog. Ausfertigungsgebühr fällig wird.



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft

c) Ansprüche des Auftragnehmers (Hauptschuldners) gegen den Bürgen

Das werkvertragliche Element besteht

- in der Übergabe der Bürgschaftsurkunde,
- in der Erklärung, gegenüber dem Gläubiger, für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners eintreten zu wollen und
- dem damit übernommenen Risiko des Bürgen vom Gläubiger in Anspruch genommen zu werden.
- Hierfür erhält der Bürge als Vergütung die Avalprovision.



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft

c) Ansprüche des Auftragnehmers (Hauptschuldners) gegen den Bürgen

- Auch aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen Hauptschuldner und Bürge können sich Beratungs- Aufklärungs- und Warnpflichten ergeben.
- Eine allgemeine (Haupt-) Pflicht des Bürgen zur Aufklärung des Hauptschuldners gibt es jedoch nicht.
- Das gilt dann nicht, wenn sich der Bürge die zwischen dem AG und AN geschlossene Sicherungsabrede zur Prüfung vorlegen lässt.



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft

c) Ansprüche des Auftragnehmers (Hauptschuldners) gegen den Bürgen

Rückzahlung geleisteter Avalprovisionen, wenn die vom Bürgen mutmaßlich übernommene Pflicht nicht bestand?

- Ist die Sicherungsabrede zwischen AN und AG unwirksam, bestand das Risiko einer Inanspruchnahme für den Bürgen nicht.
- Der Bürge wurde niemals in die Lage versetzt, an den Gläubiger zu leisten.
- Er konnte damit auch keine (durchsetzbare) Verpflichtung übernehmen, an den Gläubiger leisten zu müssen.
- Wenn die Leistungshandlung zwar möglich ist, der Leistungserfolg aber nicht eintreten kann, handelt es sich um einen Fall des § 275 BGB.



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft

c) Ansprüche des Auftragnehmers (Hauptschuldners) gegen den Bürgen

- Der Bürge kann auch nicht einwenden, er hätte gemäß § 765 BGB eine wirksame Bürgenverpflichtung übernommen, weil dieser von Anfang an ein dauerndes Leistungsverweigerungsrecht aus § 768 BGB entgegensteht.
- Der Bürge hat gegenüber dem Hauptschuldner aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag die Verpflichtung, die Einrede des § 768 BGB geltend zu machen.
- Er muss also einwenden, dass die Sicherungsabrede zwischen AG und AN unwirksam ist.



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft

c) Ansprüche des Auftragnehmers (Hauptschuldners) gegen den Bürgen

- Ist die übernommene Leistungsverpflichtung nach § 275 BGB unmöglich, bestimmt sich die Gegenleistung nach § 326 BGB.
- Danach behält der von der Leistungspflicht frei gewordene Schuldner (Bürge) seinen Vergütungsanspruch, wenn der Gläubiger (Hauptschuldner) den Zweckfortfall zu vertreten hat.
- Dem Hauptschuldner kann ein Verschulden nicht nachgewiesen werden, wenn er sich keine Gedanken über die Zweckerreichung machte.
- Das wird anzunehmen sein, weil der Hauptschuldner den Bürgen ansonsten nicht um die Stellung einer Bürgschaft ersucht hätte.



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft

c) Ansprüche des Auftragnehmers (Hauptschuldners) gegen den Bürgen

- Folglich entfällt nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB der Anspruch auf die Gegenleistung.
- Der Bürge darf also die Zahlung der Avalprovision nicht mehr fordern. Zahlungen im Rahmen des Avalverhältnisses muss der Hauptschuldner nicht mehr leisten.
- Nach § 326 Abs. 4 BGB kann das Geleistete nach §§ 346 bis 348 BGB zurückgefordert werden, wenn die nicht geschuldete Gegenleistung – die Zahlung der Avalprovision – geleistet worden war.
- Rechtsfolge ist § 346 Abs. 1 BGB, wonach der Bürge die empfangenen Leistungen zurückzugewähren hat. Hat er Nutzungen gezogen, muss er diese über § 346 Abs. 1 BGB herausgeben.



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft

c) Ansprüche des Auftragnehmers (Hauptschuldners) gegen den Bürgen

Sofern die Parteien des Avalvertrages die Vorstellung hatten, dass der AN aufgrund der Sicherungsabrede mit dem AG eine verwertbare Sicherheit schulde, gilt:

- Stellt sich diese Vorstellung der Parteien später als falsch heraus, weil der Bürge aufgrund der unwirksamen Sicherungsabrede keine Bürgschaftsübergabe schuldet und kein Risiko übernahm, richtet sich die Abwicklung nach:
- §§ 675, 313 Abs. 1, 2 und 3, 346 Abs. 1 BGB.



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft

c) Ansprüche des Auftragnehmers (Hauptschuldners) gegen den Bürgen

- Geschäftsgrundlage sind die bei Abschluss des Vertrages zu Tage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut.

(BGH, Urt. v. 15.11.2000 – VIII ZR 324/99, st. Rspr.)



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft

c) Ansprüche des Auftragnehmers (Hauptschuldners) gegen den Bürgen

- Sofern also die Vorstellung des Bürgen oder des Hauptschuldners – oder beider Parteien – dahin ging, aufgrund einer (unwirksamen) Sicherungsabrede eine Sicherheit leisten zu müssen und das Risiko der Inanspruchnahme durch den Gläubiger zu übernehmen, stellt diese Vorstellung die Geschäftsgrundlage dar.
- Fehlt die Geschäftsgrundlage, weil sich diese Vorstellung nicht verwirklichte, gilt § 313 Abs. 2 BGB:

„Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, sich als falsch herausstellen.“



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft

c) Ansprüche des Auftragnehmers (Hauptschuldners) gegen den Bürgen

- Das Fehlen der Geschäftsgrundlage ist ebenso zu behandeln wie ihr Wegfall (BGH, Urt. v. 13.11.1975 – III ZR 106/72).
- Lassen die veränderten Verhältnisse eine Vertragsanpassung nicht zu, kommt nach § 313 Abs. 3 BGB nur eine Vertragsauflösung in Betracht:

„Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten“



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft

c) Ansprüche des Auftragnehmers (Hauptschuldners) gegen den Bürgen

- Vertragsauflösung bedarf einer rechtsgestaltenden Erklärung, also eines Rücktritts (BGH, Urt. v. 23.09.1994 – V ZR 113/93).
- Eine Erklärungsfrist besteht nicht.
- Im alten Recht erfolgte die Abwicklung nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts, jetzt nach §§ 346 ff. BGB.
- Rechtsfolgenverweisung in § 313 Abs. 3 auf § 346 Abs. 1 BGB.



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft

c) Verjährung des Rückzahlungsanspruchs

- Ansprüche auf Rückgewähr empfangener Avalprovision unterliegen der regelmäßigen Verjährungsfrist nach **§ 195 BGB**.
- Diese dreijährige Frist beginnt gemäß **§ 199 BGB** mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangte oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.
- Für das subjektive Element ist Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen erforderlich.
- Besonders unübersichtliche und verwickelte Rechtslagen schließen den Verjährungsbeginn bis zur Klärung aus (BGH, Urt. v. 25.02.1999 – IX ZR 30/98).



II. Verwertung trotz unwirksamer Sicherungsabrede

2. Verwertung einer Mängelbürgschaft

c) Verjährung des Rückzahlungsanspruchs

- Für Ansprüche, die vor dem 1. Januar 2002 objektiv entstanden sind, gilt Art. 229 EGBGB, § 6 Abs. 4.
- Sie verjähren ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis gemäß § 199 Abs. 4 BGB spätestens am 31. Dezember 2011 um 24.00 Uhr.



III. Gesamtergebnis

- Der AG als Verwender einer formularmäßigen unwirksamen Sicherungsabrede wird grundsätzlich nicht geschützt.
- Schutz erhält er lediglich bei einer unwirksamen Sicherungsabrede zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft, wenn es sich um einen „*Altfall*“ handelte.
- Der AN als Klauselgegner wird vor übermäßigen – seine Liquidität überhöht einschränkenden – Sicherungsabreden geschützt.
- Der AN hat einen Rückzahlungsanspruch wegen der geleisteten Avalprovision gegen den Bürgen.
- Der Bürge steht bei Rückzahlung der Avalprovision nicht schlechter, weil er dem Risiko einer Inanspruchnahme durch den Gläubiger zu keiner Zeit ausgesetzt war.

