

# ZBB 2001, 186

## BGB §§ 765, 768, 273; AGBG § 9

**Kein Anspruch aus Bürgschaft auf erstes Anfordern bei offensichtlicher Unwirksamkeit der damit zu erfüllenden Sicherungsabrede**

BGH, Urt. v. 08.03.2001 – IX ZR 236/00 (OLG Hamm), ZIP 2001, 833 = WM 2001, 947 = ZfIR 2001, 452

### Amtliche Leitsätze:

1. Aus einer Bürgschaft auf erstes Anfordern, die zur Erfüllung einer Sicherungsabrede zwischen Gläubiger und Hauptschuldner erteilt wurde, kann der Gläubiger keine Zahlung verlangen, wenn sich aus dem unstreitigen Sachverhalt oder dem Inhalt der Vertragsurkunden die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede ohne weiteres ergibt.
2. Wird dem Besteller formularmäßig das Recht eingeräumt, 5 % der Auftragssumme bis zum Ablauf der Gewährleistungsfrist einzubehalten, und darf der Auftragnehmer den Einbehalt allein durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern ablösen, so ist der Einwand des Bürgen, die von den Partnern des Bauvertrages getroffene Abrede sei unwirksam, schon im Erstprozess zu beachten.
3. Ein genereller Ausschluss der Einreden aus § 768 BGB kann auch in einer Bürgschaft auf erstes Anfordern formularmäßig nicht wirksam vereinbart werden.
4. Dem Gläubiger steht gegenüber dem Anspruch des Hauptschuldners, die Bürgschaftsurkunde wegen Unwirksamkeit der Sicherungsabrede herauszugeben, kein auf Gegenansprüche aus dem Hauptvertrag gegründetes Zurückbehaltungsrecht zu.