

Leitsatz

1. Klagt der Auftragnehmer auf Herausgabe der von ihm gestellten (Gewährleistungs-)Bürgschaftsurkunde ist die Klage auf Herausgabe der Urkunde an die Bürgin, nicht an den klagenden Auftragnehmer zu richten (Anschluss an BGH, Urteil vom 9. Juli 2015, VII ZR 5/15, NZBau 2015, 549 Rn 18;

2. Vereinbaren die Bauvertragsparteien, dass für die Dauer der Gewährleistungszeit der Auftraggeber berechtigt ist, 5% der vertraglich vereinbarten Vergütung zur Sicherung etwaiger Gewährleistungsansprüche einzubehalten und wird darüber hinaus dem Auftragnehmer eine Ablösungsmöglichkeit durch Stellung einer unbefristeten selbstschuldnerischen Gewährleistungsbürgschaft eingeräumt, liegt hierin nicht eine von den Regelungen des § 17 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 VOB/B (2002) abweichende Rückgabeverpflichtung des Auftraggebers.

3. Eine als Sicherheit für Mängelansprüche erhaltene Bürgschaft ist regelmäßig nach Wegfall des Sicherungszweckes, d.h. nach Ablauf der Verjährungsfrist bzw. eingetretener Verjährung etwaiger Mängelansprüche zurückzugeben.

4. Legen die Vertragsparteien anlässlich der Durchführung der Abnahme gemeinsam ausdrücklich fest, dass das Abnahmedatum den Beginn der Gewährleistung markiert und geben sie darüber hinaus ein festes Datum für das Ende der Gewährleistung an, stellt sich dies als rechtsgeschäftliche Abänderungsvereinbarung im Hinblick auf frühere vertragliche Regelungen dar, an der sich die Vertragsparteien festhalten müssen.

5. Die Bauvertragspartei, die zu einem Abnahmetermin einen Vertreter ohne Vertretungsmacht entsendet, muss sich dessen Erklärungen nach den zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben entwickelten Grundsätzen zurechnen lassen, wenn sie den im Abnahmeprotokoll enthaltenen und unterschriebenen Erklärungen des Vertreters nicht unverzüglich nach Zugang des Protokolls widerspricht (Anschluss an BGH, Urteil vom 27. Januar 2011, VII ZR 186/09, NJW 2011, 1965)

Tenor

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 13.08.2015 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Duisburg teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin die Gewährleistungsbürgschaftsurkunde der Z V AG (Deutschland), Kautions- und Kreditversicherung, S...straße, F... , Nr. ... vom 28.11.2005 über nominal 142.500 EUR herauszugeben. Die Kosten des Rechtsstreits werden den Beklagten als Gesamtschuldner auferlegt. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch die Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, soweit nicht zuvor die Klägerin Sicherheit in selber Höhe geleistet hat.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

A.

1

Die Klägerin begehrt aus abgeleitetem Recht Herausgabe einer den Beklagten ausgereichten Gewährleistungsbürgschaft der Z...V... AG vom 28.11.2005; dem liegt im Wesentlichen folgender Sachverhalt zu Grunde.

2

Die Beklagten schlossen am 21.6.2005 mit der F.C.T... mbH (nachfolgend Firma T...) einen Werkvertrag (Generalunternehmervertrag) über die Sanierung und den Umbau des E...-Marktes Z... ..straße in In diesem Vertrag heißt es auszugsweise:

3

§ 1: Vertragsgegenstand:

4

1.) Der AN saniert für den AG in den nachfolgenden Vertragsanlagen näher beschriebene bauliche Anlage:

5

- Anl. 1 Angebot vom 6.6.2005

6

- Anl. 2 ergänzende Baubeschreibung

7

- Anl. 3 Bau- und Leistungsbeschreibung E... Version 13.6.2005

8

- Anl. 4 Vergabeprotokoll vom 6.6.2005

(...)

9

§ 2: Vertragsbestandteile

10

Bestandteile des Vertrages sind in der nachfolgenden Reihenfolge:

11

1) die in § 1 Ziffer 1 erwähnten Anlagen;

12

2.) Die Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B (in der jetzt geltenden Fassung) und Teil C (z. Z. gültige DIN-Normen), soweit dieser Vertrag nichts Abweichendes best...t.

(...)

13

§ 9: Gewährleistung

14

die Gewährleistungspflicht des AN richtet sich nach den Bestimmungen der VOB, Teil B, die Gewährleistungsfristen werden 5 Jahren für Bauleistungen und mit 1 Jahr für Anstricharbeiten, feuerberührte und drehende Teile vereinbart. Für Planungsleistungen gelten die Bestimmungen des BGB's.

(...)

15

In dem unter § 1 des Vertrages angeführten Vergabeprotokoll vom 6.6.2005 heißt es unter

16

4.5 Sicherheiten

(...)

17

5 % der netto Schlussrechnungssumme als Sicherheit für 60 Monate ab Abnahme

18

5 % aus (handschriftlich nunmehr) offen wird nachgereicht Eur für Dach-(...) vom 61.-120. Monat ab Abnahme

19

sowie unter

20

5. Rechte des Bestellers bei Mängeln im Stadium nach Abnahme:

21

5.1 Verjährung der Mängelansprüche Bauwerke: 5 Jahre

22

drehende Teile: 2 Jahre

23

Dach-Abdichtung: 10 Jahre

24

5.2 Beginn der Verjährungsfrist: Nach Abnahme

25

(...)

26

Ob zu den von der Fa. T... entsprechend der Bau- und Leistungsbeschreibung vom 13.6.2005 zu sanierenden Bereichen auch die so genannten Sheddächer gehören, bei denen es sich um im Eingangsbereich befindliche Dachflächen handelt, die mit gleichförmig schräg zueinander gestellten Platten auf einer Stahlkonstruktion gedeckt sind, ist zwischen den Parteien streitig gewesen. Unstreitig sollten jedenfalls die Flachdachflächen erneuert werden. Hiermit beauftragte die Fa. T... die Firma I... Bau. Diese erneuerte den Dachaufbau der Flachdachflächen. Mit Rechnung vom 27.6.2005 erteilte die Fa. T... den Beklagten eine Rechnung "für die

durchgeführten Dachdeckung-Klempnerarbeiten" mit netto 290.000 EUR. Unter dem 15.7.2005 berechnete die Firma T... "für die durchgeführten Reparaturarbeiten am Vordach" netto 90.000 EUR.

27

Nach den tatbestandlichen Ausführungen des landgerichtlichen Urteils wurde ausweislich des Abnahmeprotokolls vom 16.9.2005 die Baumaßnahme an diesem Tag abgenommen. Bereits zuvor hatten Vertreter der Parteien am 12.09.2005 eine Abnahme vorgenommen und in dem, von beiden Parteien, auf Seiten der Beklagten durch den Beklagten zu 1) unterzeichneten Abnahmeprotokoll unter Ziffer 14. Beginn der Gewährleistung: 12.09.05 und unter Ende der Gewährleistung 12.09.2010 eingetragen (K19 = GA 221.)

28

Mit Schreiben vom 1.12.2005 stellte die Fa. T... eine Gewährleistungsbürgschaft über 142.500 EUR durch die Z... V... AG (Deutschland) vom 28.11 2005 mit der Nr. ... über einen Bürgschaftsbetrag von 142.500 EUR. Im letzten Absatz des Bürgschaftstext heißt es:

29

"Diese Bürgschaft erlischt mit Rückgabe der Bürgschaftsurkunde, spätestens bei Beendigung der Gewährleistungshaftung der Firma F.C.T... mbH, es sei denn wir sind aus ihr in Anspruch genommen worden."

30

Mit notariellem Vertrag vom 20.10.2006 gliederte die Fa. T... Teile ihres Unternehmens aus und übertrug diese auf die Klägerin, wozu unter anderem auch der hier betroffene Vertrag über den Umbau und die Sanierung des E...-Marktes in D... gehörte.

31

Mit Schreiben vom 6.8.2009 machte die E... H...-gesellschaft mbH (nachfolgend E...) gegenüber der Klägerin geltend, dass im Bereich des Cafés des Bäckereigeschäfts B... Undichtigkeiten an der Decke aufgetreten seien und verlangte Nachbesserung. Dies lehnte die Klägerin unter Hinweis darauf, dass es sich insoweit um das Dach im Bestand handele, ab. Mit weiterem Schreiben vom 13.3.2011 wandte sich E... an die Beklagten und machte Undichtigkeiten des Dachs über dem Juwelier, dem Blumengeschäft, der Bäckerei und der Leerguthalle geltend und verlangte Abhilfe. Die Beklagten leiteten diese Rüge an die Klägerin weiter und verlangten ebenfalls Nachbesserung, die jedoch nicht durchgeführt wurde. Nachdem die Beteiligten keine Einigkeit darüber hatten erzielen können, wer für eventuelle Mängel und Undichtigkeiten an den Dächern verantwortlich gewesen ist, holten die Beklagten unter dem 21.03.2012 ein Gutachten des Sachverständigen T... ein, der sowohl im Bereich der Sheddächer als auch im Bereich der Flachdachflächen erhebliche Mängel sah (wegen der Einzelheiten UA 5). Darüber hinaus kamen die von den Beklagten eingeschalteten Fachplaner für Entwässerung, PFG M..., unter dem 16.10.2012 zu der Bewertung, dass das Flachdach kein ausreichendes Gefälle und keine ausreichende Anzahl von Notabläufen aufweise. Auch die Klägerin ließ das Flachdach über eine Firma C... W... durch ein Ingenieurbüro H... begutachten. Dieses kam zu dem Ergebnis, dass die vom Sachverständigen T... gerügte Dampfsperre ordnungsgemäß sei, stellte jedoch ebenfalls fest, dass die Notabläufe des Flachdaches unzureichend seien.

32

Die Klägerin verlangt mit der Klage im Hauptantrag die Herausgabe der Gewährleistungsbürgschaft und mit einem Hilfsantrag, dass die Beklagte die Ansprüche aus der Bürgschaft auf 4500 EUR beschränken solle.

33

Sie hat behauptet, sie sei aufgrund Betriebsausgliederung und Übertragung auf sie Rechtsnachfolgerin der Fa. T... und könne in dieser Eigenschaft die Herausgabe der Bürgschaft verlangen. Nach ihrer erstinstanzlich vertretenen Auffassung hätten die Beklagten schon nach dem 17.9.2010 ohne Einwendungen die Bürgschaft herausgeben müssen. Die Verjährungsfrist betrage nach ihrer Ansicht einheitlich fünf Jahre für die Bauleistungen. Auf die abweichenden Regelungen im Vergabeprotokoll komme es nicht an. Auch müsse sie nicht für eventuelle Mängel an den so genannten Sheddächern einstehen, da die Reparatur oder Instandsetzung dieser Dächer nach ihrer Behauptung nicht zu ihrem damaligen Auftrag gehört habe. Aus der Leistungsbeschreibung der E... Handelsgesellschaft ergebe sich, dass nur die Neueindeckung der Flachdächer von dem Leistungsumfang umfasst gewesen sei. Hierbei habe sie auch nicht die Entwässerung neu gestalten sollen, insbesondere nicht prüfen müssen, ob ausreichend viele und große Notabläufe vorhanden seien. Im Übrigen sei das Flachdach als solches mangelfrei.

34

Die Klägerin hat hiernach beantragt,

35

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie die Gewährleistungsbürgschaftsurkunde der Z... V... AG (Deutschland), Kautions- und Kreditversicherung, S... ..straße, F..., Nr. vom 28.11.2005 über nominal 142.500 EUR herauszugeben,

36

hilfsweise,

37

die Beklagten als Gesamtschuldner zur Abgabe folgender Willenserklärung zu verurteilen:

38

"Hiermit beschränken wir unsere Ansprüche aus der Gewährleistungsbürgschaft der Z... V... AG Nummer ... auf 4500 EUR und der Sache nach auf Mängelansprüche aus der Dachabdichtung gemäß Ziffer 5.1 des Vergabeprotokolls vom 6. Juni 2005."

39

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt.

40

Sie haben vorgetragen, abseits der nicht nachgewiesenen Aktivlegitimation der Klägerin stünden dieser die geltend gemachten Ansprüche nicht zu. Ihnen - den Beklagten - stünden Gewährleistungsansprüche zu, die den Betrag der betroffenen Bürgschaft weit überstiegen. Dies ergebe sich aus dem Gutachten des Sachverständigen T..., der festgestellt habe, dass an dem Flachdach sowie an den Sheddächern erhebliche Mängel vorlägen. Die Klägerin bzw. die Fa. T..... sei auch mit der Sanierung der Sheddächer beauftragt gewesen. An dem Flachdach seien Mängel im Hinblick auf das Gefälle und eine fehlende Regenrinne an der Kante zu den Sheddächern gegeben.

41

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens des Sachverständigen Jansen, durch Anhörung des Sachverständigen sowie durch Vernehmung von Zeugen. Auf dieser Grundlage hat es mit der angefochtenen Entscheidung unter Abweisung der weitergehenden Klage die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, folgende Willenserklärung abzugeben:

42

"Hiermit beschränken wir unsere Ansprüche aus der Gewährleistungsbürgschaft der Z... V... AG, Deutschland) Nr. ... vom 28.11.2005 der Höhe nach auf 33.600 EUR und der Sache nach auf Mängelansprüche aus der Dachabdichtung gemäß Ziffer 5.1 des Vergabeprotokolls vom 6.6.2005."

43

Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Landgericht im Wesentlichen folgende Erwägungen angestellt. Die Klage sei hinsichtlich des Hauptantrages nicht begründet. Zwar könne die Klägerin den Anspruch auf Rückgabe der Bürgschaft im eigenen Namen geltend machen, jedoch sei der Anspruch auf vollständige Rückgabe der Bürgschaft noch nicht fällig. Die Bürgschaft sei insgesamt zurückzugeben, wenn die Gewährleistungsfrist abgelaufen sei und Gewährleistungsansprüche während der Laufzeit nicht in geeigneter Weise geltend gemacht worden seien. Da die Gewährleistungsfrist aus dem Bauvertrag zum Teil noch nicht abgelaufen sei, sei diese Voraussetzung noch nicht erfüllt. Die Berechnung des Laufes dieser Frist beginne mit der unstreitig am 16.9.2005 erfolgten Abnahme der Bauleistung. Für die Bauleistungen allgemein betrage die Frist vom Stichtag an fünf Jahre, für Arbeiten am Dach aber zehn Jahre. Letzteres ergebe sich aus dem Vertrag i.V.m. dem Vergabeprotokoll. Dieses sehe für das Dach ausdrücklich eine Frist von zehn Jahren vor. Die Bestimmungen seien auch Bestandteil des Vertrages geworden, denn dies sei in § 1 Ziffer 1) des Vertrages ausdrücklich so bestimmt. Etwas anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass die besonderen Regelungen für die Arbeiten am Dach in § 9 des Vertrages eine solche Differenzierung nicht beinhalten. Es sei davon auszugehen, dass die Bestimmungen in dem Vergabeprotokoll als die konkreteren und genaueren Regelungen Vorrang vor der allgemeinen Bestimmung des § 9 des Vertrages hätten oder diese jedenfalls entsprechend ergänzten. Die Gewährleistungsfrist für die Arbeiten am Dach laufe danach erst zehn Jahre nach Abnahme und damit am 16.9.2015 ab. Damit sei sie noch nicht abgelaufen. Dann könne die vollständige Rückgabe der Bürgschaft nicht verlangt werden.

44

Der Hilfsantrag sei jedoch teilweise, in dem zugesprochenen Umfang begründet. Die Klägerin könne verlangen, dass die Beklagten durch eine entsprechende Willenserklärung die Sicherheit teilweise i.H.v. 108.900 EUR freigeben. Dies ergebe sich daraus, dass diese nur noch wegen möglicher Gewährleistungsansprüche am Dach in Anspruch genommen werden könne. Damit sei der Umfang der Ansprüche, für die die Sicherheit behalten werden dürfe, begrenzt, so dass sodann der überschießende Teil freizugeben sei. Die Beklagten dürften einen Teil von 33.600 EUR noch weiter zurückbehalten. In dieser Höhe stünden ihnen Ansprüche wegen Mängeln an den Arbeiten am Dach des Gebäudes zu. Die Beklagten könnten sich dabei allein auf solche Mängel berufen, die an dem Flachdachbereich bestünden. Mängel, die an den so genannten Sheddächern im Eingangsbereich zu dem Gebäude vorlägen, müsse sich die Klägerin dagegen nicht zurechnen lassen, weil sie nicht in ihren Leistungsbereich fielen. Der Sachverständige Jansen habe festgestellt, dass im Bereich des Flachdachs das Gefälle zum Teil nicht ausreichend erstellt worden sei. Die Klägerin habe für diesen Mangel einzustehen, denn unstreitig sei die Bearbeitung dieser Dachfläche Teil ihres Auftrages und sei im Rahmen der Renovierung des Gebäudes in ihrer Verantwortung durch die Firma I... Bau insgesamt neu erstellt worden. Zudem fehle auch eine Regenrinne an dem Dachversatz zwischen dem höher liegenden und tiefer liegenden Teil des Flachdachs, wofür die Klägerin ebenfalls einstehen müsse. Schließlich seien auch die Notabläufe zum Teil unzureichend; dieser Mangel liege gleichfalls im Verantwortungsbereich der Klägerin. Die Klägerin könne sich wegen der Regenrinne und der Notabläufe nicht darauf berufen, dass die Verjährungsfrist von zehn Jahren nur für die "Dachabdichtung" gelte, da die Entwässerung des Dachs notwendiger Bestandteil der Ablichtung sei.

45

Für diese drei Mängel könne die Beklagte zusammen 33.600 EUR zurückbehalten. Der Sachverständige J... habe für die Erstellung des erforderlichen Gefälles 18.500 EUR und für die Errichtung der fehlenden Rohrhängerinne an dem Höhenversatz des Flachdachs 5200 EUR angesetzt. Für die Nachbearbeitung der Notabläufe habe der Sachverständige Jansen keine Kosten ermittelt. Das Gericht schätze diese auf 10.000 EUR (wg der Einzelheiten UA 11).

46

Weitere Gewährleistungsansprüche wegen des Dachs seien nicht erwiesen. Insbesondere könnten die Beklagten sich nicht darauf berufen, dass die Sheddächer über dem Vorbereich des Markts undicht seien, da nicht festgestellt werden könne, dass die Klägerin dafür einstehen müsse. Dass die Erneuerung oder Sanierung dieser Dächer zu dem von der Klägerin übernommenen und geschuldeten Leistungsumfang gemäß dem Werkvertrag vom 21.6.2005 gehört habe, sei nicht bewiesen (wg. der Einzelheiten UA 11/12).

47

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihren erstinstanzlich gestellten Hauptantrag auf Herausgabe der streitgegenständlichen Gewährleistungsbürgschaft im vollen Umfang weiterverfolgt. Zur Begründung ihres Rechtsmittels trägt sie im Wesentlichen Folgendes vor:

48

Sie ist der Auffassung, die Beklagten hätten die Bürgschaftsurkunde vollständig herauszugeben, weil die Gewährleistungsfrist bereits abgelaufen sei, ohne dass sie die Bürgschaft in Anspruch genommen hätten, hilfsweise hätten die Beklagten geringere Rechte aus der Bürgschaft, als ihnen erstinstanzlich zugesprochen worden sei.

49

Zu Unrecht sei das Landgericht nicht zu der Auffassung gelangt, dass die Gewährleistungsfrist insgesamt - auch für das Dach - nur fünf Jahre ab Abnahme betrage und am 12.9.2010 abgelaufen sei. In der Abnahmeniederschrift vom 12.9.2005 hätten die Parteien unter Ziffer 14 als Ende der Gewährleistung den 12.09 2010 vereinbart. Die Aufnahme von entsprechenden Kalenderdaten in einem Abnahmeprotokoll sei rechtsbegründend und regele abschließend die vereinbarte Gewährleistung. Vor diesem Hintergrund habe das Landgericht rechtsfehlerhaft für die Bestimmung der Fristen auf das Vergabeprotokoll vom 6.6.2005 abgestellt und die dort genannten Fristen als letztlich gültig zugrunde gelegt. Die Rang- und Reihenfolge der Vertragsgrundlagen ergebe sich aus § 2 des Werkvertrages nicht alleine aus § 1, in dem auch das Vergabeprotokoll aufgeführt werde. An oberster Rangstelle stehe der Werkvertrag selbst und erst im Rang danach unter anderem das Vergabeprotokoll. Bereits daraus ergebe sich vorrangig die fünfjährige Gewährleistungsfrist, wie sie im Werkvertrag niedergelegt sei. Erst durch §§ 1 und 2 des Werkvertrages sei das Vergabeprotokoll wieder in den Rang einer vertraglichen Regelung erhoben worden, jedoch im Rang nach den Regelungen des Werkvertrages selbst, so dass die vertragliche Regelung in § 9 des Werkvertrages in Bezug auf die Gewährleistung allen anderen Bestimmungen vorgehe. Soweit die Beklagten weitergehende als die durch das Landgericht festgestellte Mängel und weitere, als die durch die Landgericht festgestellte Kosten der Mängelbeseitigung geltend machten, verweist die Klägerin darauf, dass die Beklagten kein Rechtsmittel gegen das Urteil eingelegt hätten, im Übrigen weitere Kosten dem Grunde und der Höhe nach bestritten würden, der Vortrag zudem verspätet sei.

50

In der Zeit vor dem Ende der Gewährleistungsfrist hätten die Beklagten lediglich unter den 6.8.2009 eine Mängelrüge ausgesprochen, die sich jedoch auf die Decke über dem Café B...

bezogen habe, die nach zutreffender Würdigung des Landgerichts nicht Teil des geschuldeten Gewerks der Rechtsvorgängerin der Klägerin gewesen sei.

51

Soweit das Landgericht den Beklagten einen Betrag von 33.600 EUR zugesprochen habe, mit dem sie die Bürgschaft noch in Anspruch nehmen könnten, sei dieser Betrag zu hoch. Selbst wenn die Gewährleistungsfrist für die Dachabdichtung zehn Jahre betragen würde, habe die Sicherheit gemäß 4.5 des Vergabeprotokolls vom 6.6.2005 nur 5 % des auf die Dacharbeiten entfallenden Werklohns betragen sollen. Da das Landgericht für die Dachdeckungs- und Klempnerarbeiten einen Betrag von 44.800 EUR brutto festgestellt habe, stehe den Beklagten davon als Sicherheit nur 5 % zu, das seien 22.040 EUR. Bei vertragsgerechter Rückgabe bzw. Reduzierung der Sicherheit ab dem ersten Tag nach Ablauf der fünf Jahre habe den Beklagten die Sicherheit nur noch in dieser Höhe zur Verfügung gestanden, selbst wenn sich auf der Grundlage späterer Mängelrügen höhere Gewährleistungsansprüche ergeben würden.

52

Schließlich erhebt die Klägerin mit Schriftsatz vom 8.1.2016 die Einrede der Verjährung und trägt hierzu vor: nach eigener Darstellung der Beklagten hätten die Klägerin und die Zürich Versicherung wegen der im vorliegenden Rechtsstreit streitgegenständlichen Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche und wegen der Ansprüche aus der Gewährleistungsbürgschaft bis zum Ablauf von drei Monaten nach Rechtskraft des Urteils in dem vorliegenden Rechtsstreit auf die Einrede der Verjährung verzichtet. Diese drei Monate seien nunmehr abgelaufen. Rechtskraft der Entscheidung des Landgerichts sei gegenüber den Beklagten ungefähr am 19.9.2015 eingetreten, da die Beklagten bis zu diesem Zeitpunkt ein Rechtsmittel nicht eingelegt hätten und die Berufungsfrist nunmehr abgelaufen sei. Die vereinbarte Karenzzeit von weiteren drei Monaten sei etwa am 19.12.2015 abgelaufen. Innerhalb der ihnen durch die Vereinbarung gewährten Zeit hätten die Beklagten die streitgegenständlichen Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche und die Ansprüche aus der Gewährleistungsbürgschaft nicht geltend gemacht, insbesondere nicht klageweise. Die Ansprüche seien deshalb unbedingt verjährt, gleichgültig ob auf eine 5-jährige oder eine 10-jährige Gewährleistungsfrist abgestellt werde.

53

Nach alledem beantragt die Klägerin,

54

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, die Gewährleistungsbürgschaftsurkunde der Z... V... AG (Deutschland) Kautions- und Kreditversicherung, S... straße F... , Nr. ... vom 28.11.2005 über nominal 142.500 EUR herauszugeben.

55

Die Beklagten bitten um Zurückweisung der Berufung. Unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens verteidigen sie die angefochtene Entscheidung gegen die Angriffe der Berufung.

56

Sie tragen zunächst vor, die Klägerin, die Beklagten und die Zürich Versicherung hätten vereinbart, dass wegen der in dem vorliegenden Rechtsstreit streitgegenständlichen Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche und wegen der Ansprüche aus der Gewährleistungsbürgschaft von der Klägerin und von der Z... V... AG bis zum Ablauf von drei Monaten nach Rechtskraft des Urteils in dem vorliegenden Rechtsstreit auf die Einrede der Verjährung verzichtet werde.

57

Entgegen der Auffassung der Berufung sei im Hinblick auf die Dachabdichtung eine Gewährleistungsfrist von zehn Jahren ausdrücklich ausweislich der Vergabeprotokolls vom 6.6.2005 durch individuelle handschriftliche Eintragung vereinbart worden. Dieser Anspruch auf Herausgabe der Bürgschaft bestehe auch nach Ablauf der Zehnjahresfrist am 16.9.2015 nicht. Die Klägerin und die Bürgin hätten ausdrücklich vereinbart, auf die entsprechende Verjährungsfrist bis zum Ablauf von drei Monaten nach Rechtskraft des Urteils in diesem Rechtsstreit zu verzichten.

58

Zu Unrecht berufe sich die Klägerin darauf, dass durch die formularmäßig vorgefertigte Abnahmeniederschrift vom 12.9.2005 vertraglich als Ende der Verjährung der 12.09.2010 vereinbart worden sei. Die von der Klägerin zitierte Rechtsprechung sei nicht einschlägig. Abseits dessen sei diese Rechtsprechung auch rechtlich nicht haltbar. Wenn in einem Abnahmeprotokoll ein Ablauf der Gewährleistungsfrist eingetragen werde, so habe dies für den objektiven Betrachter aus der Sicht des Erklärungsempfängers nicht zum Inhalt, dass die im Werkvertrag vereinbarten Laufzeiten der Gewährleistungsfristen verkürzt würden.

59

Der Anspruch aus der Gewährleistungsbürgschaft bestehe wegen der Mängel der Werkleistung der Klägerin fort. Die Mängel der Werkleistung der Klägerin stünden durch die erstinstanzliche Beweisaufnahme fest. Das Landgericht habe bei seiner Entscheidung die Kosten für die Dachabdichtung der Shops im Container und die Instandsetzung der Decken innerhalb der Shop-Container nicht berücksichtigt. Der Aufwand für die Abdichtung der Dachflächen und die Instandsetzung der beschädigten, durch eingedrungene Feuchtigkeit und Nässe verfleckten Unterschichten/ Decken in den Containern betrage gemäß einem von den Beklagten eingeholten Kostenvoranschlag vom 30.10.2015 18.500 EUR. Hinzu kämen Kosten für den Bauantrag/Bauleitung i.H.v. 2500 EUR sowie die Verkleidung der neuen Konstruktion i.H.v. 4000 EUR, zusammen also 25.000 EUR. Bei dem vom Landgericht ermittelten Bürgschaftsbetrag von 33.600 EUR seien die Kosten des Gutachters M... von brutto 2939,30 EUR und des Vermessers V... von brutto 928,20 EUR also zusammen brutto 3867,50 EUR nicht berücksichtigt worden.

60

Die Beklagten treten des Weiteren der von der Klägerin hilfsweise vorgetragenen Auffassung, die Bürgschaft könne allenfalls i.H.v. 5 % des auf die Dacharbeiten entfallenden Werklohns und damit i.H.v. 22.040 EUR in Anspruch genommen werden, entgegen. Ein Anspruch auf Herausgabe der Bürgschaft bestehe nur dann, wenn die Sicherungsabrede vollständig erledigt sei. Etwas anderes gelte grundsätzlich nur dann, wenn die Parteien eine anteilige Reduzierung der Bürgschaft nach Ausschnitten vereinbart hätten. Dies sei vorliegend nicht geschehen; selbst wenn unterstellt würde, dass eine Teilrückgabe einer einmal gestellten Sicherheit vereinbart oder konkludent anzunehmen sei, könne dies für den Fall gelten, dass noch kein Sicherheitsfall eingetreten sei. Sei jedoch - wie vorliegend - der Sicherheitsfall eingetreten, sichere die Bürgschaft, die im Übrigen betragsmäßig deutlich unterhalb der gesamten Bauleistung und auch der jeweiligen Teilbauleistungen liege, alle Risiken der gesamten Werkleistung - gleich welches Gewerk - ab.

61

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Berufungsverfahren wird auf den Inhalt der in diesem Recht zu gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

B.

62

Die Berufung der Klägerin, mit der sie ihr ursprüngliches Herausgabeverlangen (in vollem Umfang) weiterverfolgt, ist zulässig und in der Sache begründet (§ 513 Satz 1 ZPO), da spätestens seit Ablauf der zwischen den Parteien anlässlich der Durchführung der Abnahme vereinbarten einheitlichen und auch für die im Streit stehenden Dachmängel geltenden Gewährleistungsfrist von 5 Jahren am 12.09.2010, der somit eingetretenen Verjährung dieser Ansprüche und der seitens der Klägerin mit Schriftsatz vom 08.01.2016 erhobenen Verjährungseinrede wegen Wegfalls des Sicherungszweckes die Beklagten zur Herausgabe der Gewährleistungsbürgschaft verpflichtet sind. Im Einzelnen gilt folgendes:

63

I) Die von den Beklagten erstinstanzlich gegen die Aktivlegitimation der Klägerin erhobenen Einwände hat das Landgericht mit näherer Begründung als nicht durchgreifend erachtet. Bedenken hiergegen sind nicht ersichtlich und werden auch von den Beklagten in der Berufungsinstanz auch nicht vorgebracht.

64

II) Das Landgericht hat die Auffassung vertreten, dass der Klägerin ein Anspruch auf vollständige Rückgabe der Bürgschaft nicht zusteht, da die Gewährleistungsfrist aus dem Bauvertrag zum Teil noch nicht abgelaufen sei. Hierbei ist es davon ausgegangen, dass aufgrund der vertraglichen Regelungen für die Arbeiten am Dach eine Verjährungsfrist vereinbart worden sei, die (zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung) noch nicht abgelaufen sei.

65

Im Hinblick auf das mit der Berufung uneingeschränkt weiterverfolgte Rückgabeverlangen der Klägerin kann es offen bleiben, ob die von der Klägerin mit der Berufung vorgebrachten Einwände gegen die ursprüngliche Geltung einer 10-jährigen Verjährungsfrist nach den bei Vertragschluss zwischen den Parteien vereinbarten Gewährleistungsregeln durchgreifend sind; ebenso braucht der Senat nicht abschließend beurteilen, ob unter der Hypothese der Geltung einer Gewährleistungsfrist von 10 Jahren für die streitgegenständlichen Mängel zwischenzeitlich auch mit Blick auf die von den Beklagten vorgetragene Vereinbarung über einen befristeten Einredeverzicht, Verjährung der mit der herausverlangten Bürgschaft gesicherten Gewährleistungsansprüche eingetreten wäre. Entscheidend stellt der Senat auf eine nachträglich bei Abnahme getroffene vertragliche Vereinbarung der Parteien über das Ende der Gewährleistungszeit am 12.09.2010 ab.

66

1) Zutreffend hat das Landgericht angenommen, dass der streitgegenständliche Anspruch auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an die Klägerin als Auftragnehmer gerichtet ist, und die Klägerin nicht auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an die Bürgin, also die Z... V... AG klagen musste (ständige höchstrichterliche Rechtsprechung zuletzt BGH, Urteil vom 09.07.2015, VII ZR 5/15, NZBau 2015, 549 Rn 18).

67

2) Ebenfalls ist es nicht aus Rechtsgründen zu beanstanden, dass das Landgericht von der rechtlichen Prämisse ausgegangen ist, nach der die Bürgschaft erst dann (insgesamt) zurückzugeben ist, wenn die Gewährleistungsfrist abgelaufen und Gewährleistungsansprüche während deren Laufzeit nicht in geeigneter Weise geltend gemacht worden sind.

68

a) Nach § 2 Ziff. 2 des zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrages vom 21.06.2005 gelten die Regelungen der VOB/B (in der seinerzeit geltenden Fassung von 2002), soweit die Parteien nichts Abweichendes bestimmt haben. § 17 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 VOB/B (2002) bestimmt die Verpflichtung des Auftraggebers zur Rückgabe einer nicht verwerteten Sicherheit für Mängelansprüche nach Ablauf von zwei Jahren, sofern kein anderer Rückgabezeitpunkt bestimmt worden ist.

69

Ein solcher anderweitiger Rückgabezeitpunkt ist in dem mit "Sicherheiten" überschriebenen § 14 Ziff. 1.) des Vertrages zwar nicht ausdrücklich geregelt. Wenn es dort im Satz 1 heißt, dass für die Dauer der Gewährleistungszeit der Auftraggeber berechtigt ist, 5% der vertraglich vereinbarten Vergütung zur Sicherung etwaiger Gewährleistungsansprüche einzubehalten und im Satz 2 der Auftragnehmer eine Ablösungsmöglichkeit dieses Gewährleistungseinhalts durch Stellung einer unbefristeten selbstschuldnerischen Gewährleistungsbürgschaft eingeräumt wird, so lässt sich dies bei interessengerechter Auslegung dahingehend auslegen, dass die Berechtigung zum Rückbehalt der Gewährleistungsbürgschaft auf denselben Zeitraum beschränkt ist wie die Berechtigung zum Gewährleistungseinbehalt der Vergütung, nämlich für die Dauer der Gewährleistungszeit. Hiernach ist also nach Ablauf der Gewährleistungszeit, also nach Eintritt der Verjährung die Sicherheit zurückzugeben, gleichgültig ob es sich um die zur Sicherheit einbehaltene Vergütung oder die zur Ablösung des Einhalts zugelassene Gewährleistungsbürgschaft handelt.

70

Selbst wenn man nicht auf dieser Grundlage eine vorrangige vertragliche Bestimmung der Parteien hinsichtlich des Rückgabezeitpunktes annehmen wollte, wären in Anwendung des § 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB (2002) nach Ablauf der Verjährungsfrist bzw. nach eingetretener Verjährung etwaiger Mängelansprüche die Beklagten nicht mehr berechtigt, die Bürgschaftsurkunde zurückzuhalten, zumal die zweijährige Sicherungszeit abgelaufen ist.

71

b) Es entspricht gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass eine als Sicherheit für Mängelansprüche erhaltene Bürgschaft regelmäßig nach Wegfall des Sicherungszweckes zurückzugeben ist (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 09.07.2015, VII ZR 5/15, NZBau 2015, 549, Rz. 24). Bei verständlicher und interessengerechter Auslegung ergibt sich auch aus § 17 Nr. 8 Abs. 2 S. 2 VOB/B (2002) nicht anderes (vgl. BGH, a.a.O., Rz. 25ff).

72

3) Entgegen der vom Landgericht im angefochtenen Urteil vertretenen Ansicht bestimmt sich die Verjährungsfrist für die Gewährleistungsansprüche der Beklagten, nach deren Ablauf wegen Fortfall des Sicherungszweckes nach den oben dargelegten Grundsätzen die Klägerin Anspruch auf Rückgabe der als Sicherheit gegebenen Bürgschaft verlangen kann, nicht (mehr) nach den im Werkvertrag enthaltenen Bestimmungen in Verbindung mit den sich mit den Gewährleistungsfristen verhaltenden Regelungen im Vergabeprotokoll. In Abänderung dieser früheren Vereinbarungen haben die Parteien einvernehmlich anlässlich der am 12.09.2005 durchgeführten Abnahme ausweislich Ziffer 14 des Abnahmeprotokolls in rechtsgeschäftlich wirksamer Weise für das Ende der Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche (einschränkungslos) den 12.09.2010 bestimmt. Diese Frist ist seit langem abgelaufen, die Klägerin beruft sich damit berechtigter Weise auf die Verjährungseinrede.

73

a) Das von der Klägerin bereits erstinstanzlich vorgelegte Abnahmeprotokoll vom 12.09.2005 (K 19 = GA 221) weist unter Ziffer 14 aus, dass unter dem "Beginn der Gewährleistung" handschriftlich

das Datum "12.09.05" und unter dem Stichwort "Ende der Gewährleistung" 12.09.2010 eingesetzt wurde. Mit der Klägerin geht der Senat davon aus, dass die Parteien durch die Ausfüllung des Abnahmeprotokolls an dieser Stelle und die einvernehmliche Benennung des 12.09.2010 als Zeitpunkt des "Ende der Gewährleistung" in Abänderung einer eventuellen vorherigen anders vereinbarten Verjährungsfrist rechtsgeschäftlich nachträglich eine neue Verjährungsfrist bestimmt hatten, die bereits abgelaufen ist. Legen die Vertragsparteien anlässlich der Durchführung der Abnahme gemeinsam (in der rechtlichen Vorstellung, dass regelmäßig die Abnahmeerklärung des Auftraggebers den Anknüpfungspunkt für den Beginn der Verjährungsfrist der Gewährleistungsansprüche darstellt) ausdrücklich fest, dass das Abnahmedatum den Beginn der Gewährleistung markiert und geben sie darüberhinaus ein festes Datum für das Ende der Gewährleistung an, stellt sich diese Vereinbarung des Fristendes in der Abnahmebescheinigung als rechtsgeschäftliche Abänderungsvereinbarung im Hinblick auf frühere vertragliche Regelungen dar, an der sich die Vertragsparteien festhalten müssen (vgl. OLG München vom 20.10.2009 - 9 U 3804/08 - NJW-RR 2010, 824; OLG Braunschweig im Urteil vom 20.12.2012 - 8 U 7/12 - NJOZ 2013, 1378; Werner/Pastor, der Bauprozess, 14. Aufl. 2013, Rz. 2823 sowie eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung im Rahmen von Abnahmeprotokollen bejahend auch Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 4. Teil, Rz. 22).

74

Eine entsprechende Bestimmung über den Beginn und das Ende der Verjährung im Rahmen der Abnahme, die die Parteien in dem Abnahmeprotokoll durch Benennung des Anfang- und Endzeitpunktes der Gewährleistungsfrist dokumentiert haben, ist auch keine bloße Wissenserklärung, sondern eine Willenserklärung, weil sie auf eine Klarstellung der Gewährleistungsfristen gerichtet sei. Dies ergibt sich aus der Auslegung der diesbezüglichen Erklärungen nach den allgemeinen Auslegungsregeln aus der Sicht des objektiven Erklärungshorizonts unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§§ 133, 157 BGB). Im Rahmen eines rechtsgeschäftlichen und nicht nur technischen Abnahmetermins muss damit gerechnet werden, dass Erklärungen zum Beginn und/oder zum Ende der Gewährleistungsfrist abgegeben werden. Hierfür spricht bereits der rechtsgeschäftliche bzw. zumindest rechtsgeschäftsähnliche Charakter der Abnahmeerklärung des Auftraggebers, bei der es sich zumindest um eine einseitige Willenserklärung des Bestellers mit dem Inhalt der Billigung des hergestellten Werkes als im Wesentlichen vertragsgerecht handelt. Darüber hinaus müssen im Rahmen der Abnahme seitens des Bestellers auch im Übrigen Erklärungen abgehalten (und im Abnahmeprotokoll festgehalten werden), um einen Rechtsverlust zu vermeiden. Dies gilt für den Vorbehalt bekannter Mängel sowie den Vorbehalt hinsichtlich des Anspruchs auf eine gfls verwirkte Vertragsstrafe (vgl. Vygen/Joussen, Der Bauvertrag nach VOB und BGB, 5. Aufl. 2013, Rz. 1117). Angesichts der durchaus erheblichen Auswirkungen der Abnahme als solcher wie auch der im Rahmen der Abnahmeerklärung abgegebenen sonstigen Erklärungen, die das Vertragsverhältnis speziell hinsichtlich der Gewährleistungsfristen berühren, ist es naheliegend, Erklärungen der Parteien über Beginn und Ende der Gewährleistungsfristen nicht als reine Wissensbekundung zu beurteilen, sondern ihnen einen rechtsgeschäftlichen Gehalt beizumessen und sie als Vereinbarungen zur Gewährleistung anzusehen, die es dem Auftragnehmer ermöglichen, sich über den Umfang und das Ende seiner Gewährleistungspflichten Klarheit zu verschaffen. Abnahmeprotokolle enthalten deshalb häufig zur Erlangung von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zwischen den Parteien Erklärungen zum Beginn des und/oder zum Ende der Gewährleistungsfrist.

75

b) Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit einer solchen Abänderungsvereinbarung bestehen nicht; insbesondere ist davon auszugehen, dass die Beklagten hierbei wirksam rechtsgeschäftlich vertreten worden sind (§ 164 Abs. 1 BGB). Mit Schriftsatz vom 18.07.2012 hat die Klägerin erstinstanzlich vorgetragen, dass der Beklagte zu 1) persönlich das Abnahmeprotokoll unterschrieben hat. Dem sind die Beklagten erstinstanzlich nicht entgegengetreten, so dass das

Handeln des Beklagten zu 1) für die Beklagten im Rahmen der Abnahme als unstreitig zu behandeln ist (§ 138 Abs. 3 ZPO). Soweit der Prozessbevollmächtigte der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bestritten hat, dass der Beklagte zu 1) die Abnahmeerklärung unterzeichnet ist, sind die Beklagten mit diesem Bestreiten präkludiert, da es sich insoweit um ein neues Verteidigungsvorbringen i. S. des § 531 Abs. 2 ZPO handelt und die Beklagten keinen Zulassungstatbestand i.S. dieser Vorschrift dargetan haben.

76

Mit Blick auf den Umstand, dass sich offensichtlich dieselbe Unterschrift auch auf dem Auftrag vom 21.06.2005 und der Mängelanzeige vom 31.03.2011 befindet, besteht für den Senat keinerlei Zweifel daran, dass der Namensträger bei der Abnahme mit rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht auch im Bezug auf die Beklagte zu 2) auftreten und damit wirksam für sich und die Beklagte zu 2) die Abänderungsvereinbarung mit der Klägerin im Hinblick auf die Dauer der Verjährungsfrist für die Gewährleistungsansprüche abschließen konnte.

77

Abseits dessen fänden auf das Handeln des Unterzeichnenden als demjenigen, der für die Beklagten bei dem Abnahmetermin aufgetreten und das Abnahmeprotokoll unterzeichnet hat, die Grundsätze Anwendung, die der BGH für das Handeln eines in einem Termin entsandten Vertreters und für die Bindungswirkung eines darüber aufgenommenen Terminprotokolls aufgestellt hat (vgl. BGH, Urteil vom 27.01.2011 - VII ZR 186/09 - NJW 2011, 1965). Danach muss sich der Vertretene, der auf Einladung zu einem Termin zur Verhandlung über einen bereits geschlossenen Vertrag einen Vertreter ohne Vertretungsmacht entsendet, dessen Erklärungen nach den zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben entwickelten Grundsätzen zurechnen lassen, wenn er dem im über die Verhandlung erstellten Protokoll enthaltenen und unterschriebenen Erklärungen des Vertreters nicht unverzüglich nach Zugang des Protokolls widerspricht. Der Vertretene ist nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) und der Verkehrssitte gehalten, das ihm zeitnah übersandte Protokoll zu prüfen und dem darin protokollierten Verhandlungsergebnis zu widersprechen, wenn es die Verhandlungen nicht zutreffend wiedergibt. Diese Grundsätze sind auf denjenigen Vertreter zu übertragen, den ein Auftraggeber in einen Abnahmetermin entsendet und der im Namen des Auftraggebers das Abnahmeprotokoll unterschreibt. Nach den (entsprechend anwendbaren) Grundsätzen zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben hätten die Beklagten der im Abnahmeprotokoll enthaltenen Erklärung zum Ende der Gewährleistungsfrist unverzüglich widersprechen müssen, um zu verhindern, dass ihr Schweigen wie eine nachträgliche konkludente Genehmigung behandelt wird und die Vereinbarung mit diesem Inhalt Stande kommt (vgl. OLG Braunschweig, Urteil vom 20.12.2012 - 8 U 7/12 - NJOZ 2013, 1378).

78

c) Wegen der mithin im Rahmen der Abnahme am 12.9.2005 wirksam stattgefundenen einvernehmlichen Vertragsveränderung im Sinne einer Kürzung der Verjährungsfrist im Bezug auf die Arbeiten am Dach auf ebenfalls fünf Jahre sind Gewährleistungsansprüche für die hier in Rede stehenden Arbeiten am Dach bereits seit dem 12.9.2010 verjährt. Die Verjährungseinrede hat die Klägerin auch ausdrücklich erhoben. An der Erhebung der Verjährungseinrede ist die Klägerin auch nicht durch den zeitlich befristeten Verjährungsverzicht gehindert. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung wird der Ablauf der Verjährung nicht durch einen vom Schuldner erklärten befristeten Verjährungsverzicht beeinflusst. In Folge des Verzichts ist der Schuldner jedoch mit der Befugnis, die Einrede der Verjährung zu erheben, für den genannten Zeitraum ausgeschlossen. Vorliegend ist der nach Auslegung der Erklärung zum Verjährungsverzicht zu ermittelnde Zeitraum der Befristung abgelaufen, die Klägerin damit nunmehr zur Ausübung ihres Rechts zur Erhebung der Einrede der bereits 2010 eingetretenen Verjährung uneingeschränkt berechtigt.

79

Die Beklagten haben mit der Berufungserwiderung die zwischen den Parteien und der Bürgin während des laufenden erstinstanzlichen Verfahrens geführte Korrespondenz vorgelegt, aus der sich ergibt, dass sich die Parteien auf einen Verzicht der Klägerin und der Bürgin auf die Verjährungseinrede bis zum Ablauf von drei Monaten nach Rechtskraft des Urteils in dem besagten Verfahren des Landgerichts geeinigt haben. Zu verweisen ist insoweit auf das Schreiben der Bevollmächtigten der Beklagten an die Bürgin und an die Bevollmächtigten der Klägerin vom 15.03.2013 (B 9 = GA 595), auf das Schreiben der Bevollmächtigten der Klägerin vom 26.03.2013 (B 10 = GA 596) sowie schließlich auf das Schreiben der Bürgin, der Z V AG vom 28.03.2013 (B 11 = GA 597).

80

Im Schriftsatz vom 11.01.2016 (GA 603f) hat die Klägerin im Kontext mit der Verjährungseinrede und der von ihr und der Bürgin abgegebenen - zeitlich auf drei Monate nach Rechtskraft des landgerichtlichen Urteils beschränkten - Verzichtserklärung zutreffend ausgeführt, dass die landgerichtliche Entscheidung am 13.08.2015 ergangen und ihrem Bevollmächtigten am 19.08.2015 (siehe Empfangsbekanntnis GA 543) zugestellt wurde. Das Empfangsbekanntnis der Bevollmächtigten der Beklagten (GA 542) weist aus, dass ihnen das Urteil des Landgerichts am 13.08.2015 zugestellt wurde.

81

Da die Beklagten das landgerichtliche Urteil, auch soweit es gegen sie ergangen ist, nicht mit der Berufung angefochten haben, ist im Hinblick auf die Beklagten Rechtskraft am 13.09.2015 eingetreten. Die Befristung des Verjährungsverzichts ist damit drei Monate nach der am 13.09.2015 im Hinblick auf die Beklagten eingetretenen Rechtskraft der landgerichtlichen Entscheidung und damit am 13.12.2015 abgelaufen.

82

Der Annahme des hiernach eingetretenen Ablaufs der Befristung des Einredevorzichts kann nicht entgegenhalten werden, dass mit Blick auf die von der Klägerin gegen das landgerichtliche Urteil eingelegte und noch nicht entschiedene Berufung noch keine Rechtskraft im Sinne der vereinbarten zeitlichen Beschränkung des Einredevorzichts, den die Klägerin und die Bürgin gegenüber den Beklagten erklärt haben, eingetreten ist. Bei sach- und interessengerechter Auslegung der Vereinbarung über den befristeten Einredevorzicht ergibt sich, dass für die Bestimmung der Rechtskraft im Sinne der vereinbarten Befristung des Einredevorzichts lediglich auf die Rechtskraft gegenüber den Beklagten als Gewährleistungsgläubigerin und nicht auf eine solche gegenüber der Klägerin als Schuldnerin etwaiger Gewährleistungsansprüche abzustellen ist. Vereinbaren der Auftraggeber und der Auftragnehmer, der von der erstgenannten im Hinblick auf eine zwischenzeitlich eingetretene Verjährung der Gewährleistungs- Mängelansprüche eine zur Sicherung von Gewährleistungsansprüche begebene Bürgschaft in einem gerichtlichen Verfahren herausverlangt, im Bezug auf die in Rede stehenden Mängelansprüche einen Verjährungsverzicht, der bis zur Rechtskraft jenes Verfahrens bzw. bis zum Ablauf eines bestimmten Zeitraumes nach Rechtskraft beschränkt ist, soll hiermit lediglich der Fall abgedeckt werden, dass in dem das Herausgabeverlangen betreffende Verfahren das Gericht zu einem für den Auftraggeber günstigen Entscheidung gelangt ist. Greift der Auftraggeber mangels Beschwer oder aus besserer Einsicht die gerichtliche Entscheidung nicht an, tritt zu seinen Lasten unmittelbar Rechtskraft ein. Nimmt jedoch der Auftragnehmer ein sein Sicherheitsherausgabeverlangen nicht oder nicht in vollem Umfang zuerkennendes Urteil nicht hin und legt hiergegen Berufung ein, hindert dies nicht die Rechtskraft im Sinne des Einredevorzichts des Auftraggebers.

83

d) Damit ist in jedem Falle ein Wegfall des Sicherungszweckes wegen Verjährung der mit der Gewährleistungsbürgschaft abzusichernden Mängelansprüche eingetreten, so dass die Beklagten die Berechtigung zum Zurückhalten der Bürgschaft verloren haben. Folglich sind die Beklagten uneingeschränkt zur Herausgabe der Bürgschaftsurkunde verpflichtet. Die auf die Herausgabe dieser Bürgschaftsurkunde gerichtete Klage ist damit in vollem Umfang begründet und die angefochtene Entscheidung auf die Berufung der Klägerin entsprechend - wie geschehen - abzuändern.

C.

84

Die Kostenentscheidung beruht auf der Anwendung des § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 709 S. 2 ZPO. Die Revision war nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO).

85

Streitwert des Berufungsverfahrens und Beschwer der Beklagten: 33.600,- EUR