

OLG Bamberg

Urteil

vom 26.06.2018

5 U 99/15

BGB §§ 133, 157, 195, 242, 765, 766, 767 Abs. 1 Satz 3, §§ 780, 781; HGB § 350

1. Eine einseitige Ergänzung durch den Auftraggeber im Abnahmeprotokoll, dass entgegen der ursprünglichen Vereinbarung für bestimmte Gewerke die Gewährleistungsfrist für Mängel auf 10 Jahre verlängert wird, ist wirksam, wenn der Auftragnehmer das Abnahmeprotokoll unterzeichnet. Unerheblich ist dabei, dass er eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist nicht vereinbaren wollte.

2. Die Verpflichtung des Bürgen kann durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, nicht erweitert werden.

OLG Bamberg, Urteil vom 26.06.2018 - 5 U 99/15

vorhergehend:

LG Coburg, 16.04.2015 - 1 HKO 30/14

In dem Rechtsstreit

....

wegen Forderung

erlässt das Oberlandesgericht Bamberg - 5. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ###, den Richter am Oberlandesgericht ### und die Richterin am Landgericht ### aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24.04.2018 folgendes

Urteil

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Coburg vom 16.04.2015, Az. 1 HKO 30/14, abgeändert:

1. Das Versäumnisurteil des Landgerichts Coburg vom 29.1.2015 wird aufgehoben.

2. Die Beklagte zu 1 und die Beklagte zu 2 werden als Gesamtschuldner sowie die Beklagte zu 3 wird als Bürgin wie ein Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 126.000,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22. Juli 2013 (Beklagte zu 1 und 2) bzw. seit dem 3. September 2013 (Beklagte zu 3 zu zahlen, wobei die Zahlung der Beklagten zu 3 nur zu erfolgen hat Zug um Zug gegen Übergabe der Bürgschaftsurkunde der D### Versicherung AG Nr. ### vom 27. Juni 2006 über 126.000,00 Euro.

3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte zu 3 mit der Annahme der Bürgschaftsurkunde der D### Versicherung AG Nr. ### vom 27. Juni 2006 über 126.000,00 in Annahmeverzug befindet.

4. Die Beklagten zu 1 und 2 werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin weitere

232.085,28 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22. Juli 2013 sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 3.928,43 Euro zu zahlen.

5. Es wird festgestellt, dass die Beklagten zu 1 und 2 als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin auch die einen Betrag von 367.010,28 Euro übersteigenden Kosten der Beseitigung der Mängel an der Fassade des Objektes ###straße 83 - 85 in Erlangen zu erstatten, dies unter Berücksichtigung eines Abzuges "neu für alt" in Höhe von 50 % der Kosten des Egalisationsanstrichs der Fassaden- und Laibungsflächen.

II. Die Klägerin trägt die Kosten ihrer Säumnis. Im Übrigen haben von den Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz zu tragen:

1. von den Gerichtskosten die Beklagte zu 1, die Beklagte zu 2 und die Beklagte zu 3 gesamtschuldnerisch 32 %, die Beklagte zu 1 und die Beklagte zu 2 gesamtschuldnerisch 68 %,

2. von den außergerichtlichen Kosten der Klägerin die Beklagte zu 1, die Beklagte zu 2 und die Beklagte zu 3 gesamtschuldnerisch 32 %, die Beklagte zu 1 und die Beklagte zu 2 gesamtschuldnerisch 68 %,

von den Kosten des Streithelfers zu 3 die Beklagte zu 1, die Beklagte zu 2 und die Beklagte zu 3 gesamtschuldnerisch 32 %, die Beklagte zu 1 und die Beklagte zu 2 gesamtschuldnerisch 68 %.

Im Übrigen tragen die Parteien und die Streithelfer zu 1 und 2 ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

III. Die Beklagten können die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

IV. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 393.893,80 Euro festgesetzt. Hieran ist die Beklagte zu 3 zu 126.000,00 Euro beteiligt.

Antrag 1: 126.000,00 Euro,

Antrag 2: 0,00 Euro (wirtschaftliche Identität mit Antrag 1)

Antrag 3: 232.085,28 Euro

Antrag 4: 35.808,52 Euro (10 % des mit den Leistungsanträgen geltend gemachten Kostenvorschusses 126.000,00 Euro + 232.085,28 Euro = 358.085,28 Euro)

Gründe:

Die Klägerin beansprucht von der Beklagten zu 1 und der Beklagten zu 2 als deren persönlich haftende Gesellschafterin aus abgetretenem Recht einen Selbstvornahmekostenvorschuss wegen

Mängeln des Objektes ####straße 83 - 85 in Erlangen. Die Beklagte zu 3 wird dabei gleichfalls aus abgetretenem Recht - als Bürgin auf der Grundlage einer von der Beklagten zu 1 gestellten Mängelansprüchebürgschaft in Anspruch genommen.

Mit Bauvertrag vom 22./30. März 2005 beauftragte die S### Wohnungsgesellschaft mbH & Co. OHG die Beklagte zu 1, deren Komplementärin die Beklagte zu 2 ist, mit der Durchführung der erweiterten Rohbauarbeiten für den Neubau eines Mehrfamilienhauses in der ####straße 83 - 85 in Erlangen. Der Streithelfer zu 3 wurde von der S### Wohnungsgesellschaft mbH & Co. OHG mit der Erstellung der Leistungsbeschreibung und Werkplanung (HOAI § 15 Leistungsphase 5 und 6) beauftragt. Die der Beklagten zu 1 übertragenen Arbeiten umfassten insbesondere auch die Fassadenarbeiten mit Wärmedämmverbundsystem und die Abdichtungsarbeiten. Dem Bauvertrag lagen u. a. die VOB/B in der Fassung des Jahres 2002 zugrunde.

Der Bauvertrag enthält u.a. folgende Regelungen:

"§ 8 Mängelansprüche

1. Die Verjährungsfrist für Mängelansprüche beträgt - abweichend von der VOB Teil B für sämtliche auszuführenden Arbeiten mit Ausnahme der in Absatz 2 genannten Leistungen 5 Jahre. Die Verjährung beginnt für sämtliche Arbeiten nach erfolgter Endabnahme der vertraglich geschuldeten Leistungen
2. Für die Dachabdichtung und die Gebäudetrennfugen wird die Verjährungsfrist für Mängelansprüche auf 10 Jahre verlängert. Die Verjährung beginnt hierfür nach erfolgter Endabnahme der vertraglich geschuldeten Leistungen.
3. Im Übrigen richtet sich die Gewährleistung nach § 13 VOB Teil B.

§ 9 Sicherheitsleistung

1. ...
2. ...
3. Nach Abnahme des Bauvorhabens hat der Unternehmer dem Auftraggeber eine Gewährleistungsbürgschaft zu übergeben. Die Übergabe erfolgt Zug um Zug gegen Rückgabe der vorgenannten Vertragserfüllungsbürgschaft.

Bei der Gewährleistungsbürgschaft muss es sich um eine unbefristete selbstschuldnerische Bürgschaft in Höhe von 5 % der Nettoabrechnungssumme handeln. Die Kosten für die Bürgschaft, in welcher der Bürge auf die Einrede der Vorausklage verzichtet, trägt der Unternehmer.

Dem Abschluss des Bauvertrages war ein Bietergespräch am 18.02.2005 vorangegangen (Verhandlungsprotokoll K 2). Die Parteien des Bauvertrages verhandelten gemäß Ziffer 13.2 bis 13.4 des Verhandlungsprotokolls über eine Verlängerung der Verjährungsfristen bei Mängelansprüchen in Bezug auf Dach, Fassade und Gebäudetrennfugen auf 10 Jahre. Mit Schreiben vom 21.02.2005 (B2) teilte die Beklagte zu 1 mit, dass 10 Jahre Gewährleistung für die Dachabdichtung und Gebäudetrennfugen gewährt werden können.

In der Folgezeit führte die Beklagte zu 1 die ihr übertragenen Arbeiten aus. Der Streithelfer zu 2

fürte dabei für die Beklagte zu 1 die Wärmedämmverbundarbeiten aus. Die Streithelferin zu 1 war von der Beklagten zu 1 mit der Objektüberwachung (Leistungsphasen 8/9, § 15 HOAI 1996) beauftragt.

Nach Durchführung der Arbeiten durch die Beklagte zu 1 fanden zum Zwecke der Abnahme von Teilgewerken Begehungen am 21.04., 26.04. und 28.04.2006 statt (B3 / B4).

In der Folge vereinbarten die Parteien des Bauvertrages, ein einheitliches Abnahmeprotokoll zu erstellen. Das Abnahmeprotokoll wurde u.a. von der Geschäftsführerin der Komplementärin der Beklagten zu 1 am 26.06.2006 unterschrieben und enthält u. a. folgende Formulierungen (K 5):

"Gewährleistungsbeginn: 01.05.2006

Gewährleistungsende: 30.04.2011

verlängerte Gewährleistung für Dach,
Fassade und Gebäudetrennfugen: 30.04.2016."

Auf Grundlage der in § 9 des Bauvertrages getroffenen Vereinbarungen stellte die Beklagte zu 1 nach Abnahme des Bauvorhabens eine Mängelansprüchebürgschaft der D### Versicherungs AG vom 27. Juni 2006 über 126.000,00 Euro (Anlage K 6). Die Beklagte zu 3 ist Rechtsnachfolgerin der D### Versicherungs AG.

Mit Grundstückskaufvertrag vom 18.11.9. März 2009 (K 7) erwarb die Klägerin von der S### AG die auf der Grundlage des streitgegenständlichen Bauvertrages bebaute Liegenschaft ###straße 83 - 85 in Erlangen. Die Klägerin macht geltend, dass die S### AG dabei als Gesamtrechtsnachfolgerin der S### Wohnungsgesellschaft mbH & Co. OHG gehandelt habe und Gewährleistungsansprüche gegen Dritte - einschließlich der zugehörigen Ansprüche aus Gewährleistungsbürgschaften - an sie abgetreten worden seien (§ 6 Ziffer 6.3 des Grundstückskaufvertrages).

Die Klägerin rügte in der Folgezeit auf Grundlage einer von ihr erstellten Mängeldokumentation (K 9 bis K12) gegenüber der Beklagten eine Vielzahl von Mängeln an der Fassade. Hinsichtlich des Inhaltes der Mängelrüge wird auf die Anlage K 13 - Schreiben vom 01.11.2011 - Bezug genommen. Mit Schreiben vom 12.11.2012 und 06.12.2012 (K14/ K15) berief sich die Beklagte mit Ausnahme verschiedener in der Bilddokumentation der Klägerin genannter Punkte nämlich Block Süd Ostseite Punkt 12. Punkt 14 (Seite 03) Block Mitte Westseite Punkt 3 b, Punkt 5 d (Seite 11) Block Nord Westseite Punkt 3 b, Punkt 5 d (Seite 19) auf den Eintritt der Verjährung. Nachdem die von der Klägerin gesetzte Mängelbeseitigungsfrist zum 30. April 2013 abgelaufen war, machte die Klägerin mit Schreiben vom 22. Mai 2013 Vorschuss auf voraussichtliche Kosten der Mängelbeseitigung in Höhe von 367.010,28 Euro (brutto) geltend (K18). Zugleich nahm die Klägerin die Beklagte zu 3 aus der Mängelansprüchebürgschaft in Anspruch (K19). Die Beklagte zu 1 ließ die geltend gemachten Ansprüche mit anwaltlichem Schreiben vom 22. Juli 2013 unter Hinweis auf eine eingetretene Verjährung neuerlich zurückweisen (K20). Die aus der Mängelansprüchebürgschaft in Anspruch genommene Beklagte zu 3 verweigerte mit Schreiben vom 03.09.2013 gleichfalls Zahlung (K21).

Die Klägerin hat erstinstanzlich behauptet, dass die Fassade des streitgegenständlichen Bauwerkes entsprechend der von ihr erstellten Dokumentation mangelbehaftet sei und sich die voraussichtlichen Kosten der Mängelbeseitigung auf 367.010,28 Euro belaufen, wobei ein Abzug "neu für alt" in Höhe von 8.925,00 Euro berechtigt sei. Die Klägerin meint, dass die von

den Beklagten erhobene Verjährungseinrede auf Grundlage der vereinbarten Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf 10 Jahre im Abnahmeprotokoll ins Leere laufe.

Auf Streitverkündung der Beklagten zu 1 und 2 mit Schriftsatz vom 17.05.2014 sind die Streithelfer zu 1 und 2 jeweils auf Seiten der Beklagten zu 1 und 2 dem Rechtsstreit beigetreten.

Das Landgericht hat, nachdem die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 29.01.2015 nicht zur Sache verhandelt hatte, antragsgemäß folgendes Versäumnisurteil erlassen:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten der Nebeninterventionen zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin hat gegen dieses am 06.02.2015 zugestellte Versäumnisurteil mit Schriftsatz vom 19.02.2015 - Eingang bei Gericht am gleichen Tage - Einspruch eingelegt und beantragt, das Versäumnisurteil aufzuheben und folgende Anträge gestellt:

1. die Beklagte zu 1 und die Beklagte zu 2 als Gesamtschuldner sowie die Beklagte zu 3 als Bürgin wie ein Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin 126.000,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22. Juli 2013 (Beklage zu 1 und 2) bzw. seit dem 3. September 2013 (Beklage zu 3 zu zahlen, wobei die Zahlung der Beklagten zu 3 nur zu erfolgen hat Zug um Zug gegen Übergabe der Bürgschaftsurkunde der D### Versicherung AG Nr. ### vom 27. Juni 2006 über 126.000,00 Euro.
2. festzustellen, dass sich die Beklagte zu 3 mit der Annahme der Bürgschaftsurkunde der D### Versicherung AG Nr. ### vom 27. Juni 2006 über 126.000,00 Euro in Annahmeverzug befindet.
3. die Beklagten zu 1 und 2 als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin weitere 232.085,28 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22. Juli 2013 sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 3.928,43 Euro zu zahlen.
4. festzustellen, dass die Beklagten zu 1 und 2 als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin auch die einen Betrag von 367.010,28 Euro übersteigenden Kosten der Beseitigung der Mängel an der Fassade des Objektes ###straße 83-85 in Erlangen zu erstatten, dies unter Berücksichtigung eines Abzuges "neu für alt" in Höhe von 50 % der Kosten des Egalisationsanstrichs der Fassaden- und Laibungsflächen.

Die Beklagten haben jeweils beantragt, das Versäumnisurteil des Landgerichts Coburg vom 29.01.2015 aufrechtzuerhalten.

Die Beklagten haben sich erstinstanzlich gegen Grund und Höhe des geltend gemachten Anspruches gewendet, die Beklagten zu 1 und 2 unter Berufung auf eine eingeholte gutachterliche Stellungnahme. Die Beklagten haben im Übrigen die Auffassung vertreten, dass die streitgegenständlichen Forderungen / Gewährleistungsansprüche verjährt seien, da von einer Gewährleistungsfrist von fünf Jahren auszugehen sei. Die Beklagten haben zur Begründung ausgeführt, dass ein Abnahmeprotokoll dem Grunde nach nicht Träger rechtsgeschäftlicher Erklärungen und Vereinbarungen sein könne. Die Unterschrift des Auftragnehmers auf dem Abnahmeprotokoll habe lediglich die Funktion, die Teilnahme am Abnahmetermin und / oder

die Kenntnis des Protokolls zu bestätigen. Im Übrigen sei eine Vertragsänderung in Bezug auf die Gewährleistungsfrist zur Fassade vor Unterzeichnung des Abnahmeprotokoll von der Beklagten zu 1 gerade nicht gefordert worden. Sowohl der für die Bauherrin Unterzeichnende als auch die Geschäftsführerin der Beklagten zu 1 hätten bei Unterzeichnung des Abnahmeprotokoll keinen rechtsgeschäftlichen Erklärungswillen gehabt, hinsichtlich der Fassade die vereinbarte Gewährleistungszeit von fünf Jahren auf 10 Jahren zu verlängern. Vielmehr sei der ursprüngliche Vertragsinhalt versehentlich fehlerhaft in das Abnahmeprotokoll übernommen worden und dies bei Unterzeichnung übersehen worden. Jedenfalls sei es der Klägerin nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verwehrt, sich auf eine Verlängerung der Verjährungsfrist zu berufen.

Die Beklagten haben außerdem die Aktivlegitimation der Klägerin auf Grundlage des vorgelegten Kaufvertrages bestritten.

Die Beklagte zu 3 hat die Auffassung vertreten, dass die im Bauvertrag getroffene Bürgschaftsabrede unwirksam sei.

Hinsichtlich des weiteren Parteivortrags und der tatsächlichen Feststellungen erster Instanz wird ergänzend auf das angefochtene Urteil vom 16.04.2015 (Bl. 364-376 d. A.) Bezug genommen (§ 540 11 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat das Versäumnisurteil vom 29.02.2015 nach Anhörung der Geschäftsführerin der Beklagten zu 2 und durchgeführter Beweisaufnahme durch Einvernahme der Zeugen Graff, Gleisner und Bottler aufrechterhalten.

Zur Begründung hat es ausgeführt, dass dahinstehen könne, ob der Klägerin ein Kostenvorschussanspruch auf Grundlage des § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B zustünde. Die Beklagten zu 1 und 2 seien jedenfalls berechtigt, die Leistung wegen Eintritts der Verjährung zu verweigern, § 214 Abs. 1 BGB. Demgemäß sei auch die Beklagte zu 3 berechtigt, als etwaige Bürgin die Leistung aus der Bürgschaft zu verweigern, § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB. Hinsichtlich des Fassadenbereiches habe die Verjährungsfrist mit dem 01.05.2006 zu laufen begonnen und sei mit dem 30.04.2011 abgelaufen, da die Verjährungsfrist für Mängelansprüche nach § 8 Nr. 1 des Bauvertrages fünf Jahre betrage. Dies decke sich auch mit den vorvertraglichen Verhandlungen, insbesondere dem Inhalt des Schreibens der Beklagten zu 1 vom 21.02.2005 (B2). Demgemäß hätten die Parteien den Bereich Fassade bewusst der Regelung des § 8 Nr. 1 des Bauvertrages zugeordnet.

Die Verjährungsfrist sei nicht auf 10 Jahre verlängert worden. Die Parteien des Bauvertrages hätten zwar das Abnahmeprotokoll entsprechend der Anlage K 5 unterzeichnet. Dort finde sich auch die Begrifflichkeit verlängerte Gewährleistung für Dach, Fassade und Gebäudetrennfugen: 13.04.2016.

Gleichwohl lägen bezüglich dieser Formulierung im Zusammenhang mit der Verlängerung einer Gewährleistungsfrist gerade keine Willenserklärungen der Parteien in Bezug auf die Fassade vor. Aus den Angaben des Zeugen Graff ergebe sich, dass lediglich ein einheitlicher Termin für den Verjährungsbeginn in das Abnahmeprotokoll aufgenommen werden sollte. Die Aufnahme der weiteren Daten zum Gewährleistungsende (30.04.2011 und 30.04.2016) für beide Parteien des Bauvertrages sei die Folge der rechnerischen Umsetzung der ursprünglich vereinbarten Gewährleistungsfristen gewesen ist. Aufgrund des Beweisergebnisses sei jedoch davon auszugehen, dass sowohl dem Zeugen Graff als auch der Geschäftsführerin der Beklagten zu 1 das für eine Willenserklärung grundsätzlich erforderliche Erklärungsbewusstsein gefehlt hätte.

Zudem könnte sich die Klägerin auch nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht auf eine Vertragsänderung berufen, § 242 BGB.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (Bl. 371/376 d. A.) Bezug genommen.

Gegen dieses ihr am 21.04.2015 zugestellte Urteil hat die Klägerin mit einem beim Oberlandesgericht Bamberg am 20.05.2015 eingegangenen Schriftsatz vom gleichen Tag Berufung eingelegt (Bl. 396/398 d. A.) und diese - nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis 22.07.2015 gemäß Verfügung vom 18.06.2015 (Bl. 411 d. A.) - mit einem beim Oberlandesgericht Bamberg am 21.07.2015 eingegangenen Schriftsatz vom gleichen Tag fristgerecht (Bl. 413/444 d. A.) begründet.

Mit ihrer zulässigen Berufung wendet sich die Klägerin gegen die Aufrechterhaltung des Versäumnisurteils und hält an ihren erstinstanzlich gestellten Klageanträgen vollumfänglich fest.

Sie wendet sich gegen die rechtliche Würdigung des Landgerichts, dass Gewährleistungsansprüche der Klägerin verjährt seien. Die Parteien des Bauvertrages hätten im Abnahmeprotokoll mit den Bestimmungen zum Gewährleistungsbeginn und Gewährleistungsende Willenserklärungen abgegeben. Die Beklagte zu 1 habe die Willenserklärung nicht innerhalb der Anfechtungsfrist angefochten. Die Berufung auf eine Vertragsänderung sei auch nicht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ausgeschlossen. Die vom Erstgericht zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs (MDR 2014, 763) betreffe eine andere Fallgestaltung. Dort hatte der Empfänger eines schriftlichen Angebotes an Stelle des ursprünglichen Textes die von ihm vorgenommenen wesentlichen Änderungen mit gleichem Schriftbild so in den Vertragstext eingefügt, dass diese nur äußerst schwer erkennbar waren und in einem Begleitschreiben den Eindruck erweckt, er habe das Angebot unverändert angenommen. Das Erstgericht hätte durch das klägerseits angebotene Sachverständigengutachten klären müssen, ob die behaupteten Mängel tatsächlich vorliegen und die geltend gemachten Mängelbeseitigungskosten erforderlich sind.

Die Klägerin beantragt, das Endurteil des Landgerichts Coburg vom 16.04.2015 abzuändern und unter Aufhebung des Versäumnisurteils des LG Coburg vom 29.01.2015

1. die Beklagte zu 1 und die Beklagte zu 2 als Gesamtschuldner sowie die Beklagte zu 3 als Bürgin wie ein Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin 126.000,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22. Juli 2013 (Beklage zu 1 und 2) bzw. seit dem 3. September 2013 (Beklage zu 3 zu zahlen, wobei die Zahlung der Beklagten zu 3 nur zu erfolgen hat Zug um Zug gegen Übergabe der Bürgschaftsurkunde der D### Versicherung AG Nr. ### vom 27. Juni 2006 über 126.000,00 Euro .
2. festzustellen, dass sich die Beklagte zu 3 mit der Annahme der Bürgschaftsurkunde der D### Versicherung AG Nr. ### vom 27. Juni 2006 über 126.000,00 Euro in Annahmeverzug befindet.
3. die Beklagten zu 1 und 2 als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin weitere 232.085,28 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22. Juli 2013 sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 3.928,43 zu zahlen.
4. festzustellen, dass die Beklagten zu 1 und 2 als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin auch die einen Betrag von 367.010,28 übersteigenden Kosten der Beseitigung der Mängel an der Fassade des Objektes ###straße 83-85 in Erlangen zu erstatten, dies unter

Berücksichtigung eines Abzuges "neu für alt" in Höhe von 50 % der Kosten des Egalisationsanstrichs der Fassaden- und Laibungsflächen.

Die Beklagten verteidigen das Ersturteil. Sie vertreten die Rechtsauffassung, dass ein etwaiger Kostenvorschussanspruch der Klägerin verjährt sei. Eine Verlängerung der fünfjährigen Gewährleistungsfrist für die Fassade liege nicht vor. Bei den Erklärungen im Abnahmeprotokoll (K 5) handele es sich nicht um Willenserklärungen. Jedenfalls sei es der Klägerin unter Berücksichtigung von Treu und Glauben versagt, sich auf die bloße Unterzeichnung des Abnahmeprotokolls zu berufen. Mängel lägen überdies nicht vor. Falls doch, beruhten diese auf Planungsfehlern der von der Rechtsvorgängerin der Klägerin beauftragten Architekten. Keinesfalls beträfen Fassadenarbeiten die Schlosser- und Stahlarbeiten. Die Beklagte zu 3 beruft sich darüber hinaus auf § 767 Abs. 1 S. 3 BGB, wonach der Bürge nicht für zeitlich nach der Bürgenerklärung vorgenommene Haftungserweiterung hafte. Mit der Berufung nicht mehr angegriffen wird die Aktivlegitimation der Klägerin (B1/2: SS 11.4.2016, Bl. 657, B3: SS 2.5.2016, Bl. 663).

Im Übrigen wird auf die in der Berufung gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

Auf Streitverkündung der Beklagten zu 1 und 2 mit Schriftsatz vom 01.02.2018 ist der Streithelfer zu 3 auf Seiten der Klägerin dem Rechtsstreit beigetreten. Mit Schriftsatz vom 25.05.2018 hat die Klägerin dem Streithelfer zu 3 den Streit verkündet.

Der Senat hat gemäß Beweisbeschluss vom 11.05.2016 (Bl. 664/666 d. A.) ergänzend Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. (FH) Steinert sowie dessen mündliche Anhörung. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Gutachten vom 24.08.2017 sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 24.4.2018 (Bl. 931/939) verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg. Die Klage ist im vollen Umfang begründet, das Versäumnisurteil des Landgerichts Coburg vom 29.1.2015 war daher aufzuheben und die Beklagten sind antragsgemäß zu verurteilen.

A. Ansprüche gegen die Beklagten zu 1 und 2

1. Der Klägerin steht aus übergegangenem Recht gegen die Beklagte zu 1 der geltend gemachte Anspruch auf Kostenvorschuss zu (§ 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B 1992). Danach kann der Auftraggeber die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers beseitigen lassen, wenn der Auftragnehmer der Aufforderung zur Mängelbeseitigung in einer vom Auftraggeber gesetzten angemessenen Frist nicht nachkommt. Die Haftung der Beklagten zu 2 ergibt sich aus § 128 HGB.

a. Die Klägerin ist aktivlegitimiert. Die Rüge der fehlenden Aktivlegitimation wurde von den Beklagten in der Berufung nicht mehr aufrechterhalten.

b. Einem Kostenvorschussanspruch der Klägerin gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B gegen die Beklagten steht die von diesen erhobene Einrede der Verjährung nicht entgegen.

aa. Entgegen der vom Landgericht vertretenen Rechtsauffassung handelt es sich bei den im Abnahmeprotokoll (B 5) enthaltenen Regelungen zur Verjährung um Willenserklärungen mit der Folge, dass die Gewährleistungsfrist für Mängel an der Fassade erst mit dem 30.4.2016 abgelaufen ist. Die am 10.2.2014 beim Landgericht München erhobene Klage konnte daher die Frist noch rechtzeitig hemmen.

Ein Rechtsgeschäft ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist". Diese Definition der finalen Willenserklärung bezeichnet die "volltypische" Willenserklärung, ihren "Vollbegriff". Auf sie bezieht sich auch die Auslegungsregel des § 133, wonach auf den "wirklichen Willen" des Erklärenden abzustellen ist (MüKo/Armbrüster, 7. Auflage, vor § 116, Rn. 3). Willenserklärungen wie die Anzeige der Forderungsabtretung (§ 409), die Mängelanzeige iSv § 377 HGB oder auch die Mitteilung der Schwangerschaft (§ 5 Abs. 1 S. 1 MuSchG) bringen zwar keinen rechtsgeschäftlichen Willen zum Ausdruck, der auf eine bestimmte Rechtsfolge gerichtet ist. Vielmehr tritt die Rechtsfolge kraft Gesetzes ein. Entsprechendes gilt für Willensmitteilungen wie die Mahnung (§ 286 Abs. 1 S. 1) oder die Aufforderung an den gesetzlichen Vertreter (§ 108 Abs. 2) oder an den Vertretenen im Falle des § 177 Abs. 2, sich über die Genehmigung zu erklären. Auf solche geschäftsähnlichen Handlungen sind die Regeln über Willenserklärungen jedoch grundsätzlich auch entsprechend anwendbar (MüKo aaO, Rn. 30).

Im Streitfall haben die Parteien im Abnahmeprotokoll eine veränderte Gewährleistungsfrist vereinbart. Damit haben sie Erklärungen abgegeben, die auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges gerichtet waren. Hintergrund war die von den Parteien des Bauvertrags gewünschte Festlegung eines einheitlichen Beginns der Verjährungsfrist für die unterschiedlichen Gewerke. Schon deshalb handelt es sich nicht um die bloße Wiederholung eines Datums. Die Parteien haben ganz bewusst die Änderung der Gewährleistungsfrist herbeiführen wollen. Die Geschäftsführerin der Beklagten zu 2 hat der veränderten Gewährleistungsfrist unterschriftlich zugestimmt. Daran muss sie sich festhalten lassen. Dass sie ihre Unterschrift ohne nähere Prüfung auf das Abnahmeprotokoll gesetzt hat, entlastet sie nicht.

bb. Ob die Willenserklärung von der Beklagten zu 1 hätte wirksam angefochten werden können, kann offen bleiben. Jedenfalls ist eine etwaige Anfechtungserklärung der Beklagten zu 1 gemäß § 143 Abs. 1 BGB verspätet. Eine Anfechtungserklärung muss auf Grund ihres objektiven Erklärungswerts erkennen lassen, dass der Anfechtungsberechtigte seine vorangehende Erklärung nicht gelten lassen will. Es kommt nicht darauf an, ob das Wort "anfechten" verwendet wird. Entscheidend ist allein, dass die Willensäußerung unzweideutig erkennen lässt, dass ein Rechtsgeschäft wegen eines Fehlers, insbesondere wegen eines Willensmangels, beseitigt werden soll. Es gelten insoweit die allgemeinen Auslegungsregeln für Willenserklärungen, insbesondere können auch außerhalb der Anfechtungserklärung liegende Umstände zur Ermittlung des Willens herangezogen werden. Die Mitteilung, man habe die gelieferte Ware nicht bestellt, bildet insoweit ebenso wenig eine unzweideutige Anfechtungserklärung wie eine Strafanzeige gegen den Anfechtungsgegner oder die Aufrechterhaltung des Antrages auf Klagabweisung. Keine eindeutige Anfechtungserklärung liegt auch vor, wenn mit ihr die unvereinbare Forderung nach Schadensersatz wegen Nichterfüllung verbunden wird (MüKo aaO § 143, Rn. 2)

Gemessen daran enthält das Schreiben der Beklagten zu 1 vom 22.12.2011 (B 6) keine Anfechtungserklärung gemäß § 143 Abs. 1 BGB. Das Schreiben bezieht sich lediglich darauf, dass eine Verlängerung der Gewährleistung mit Herrn Kress für die gesamten Fassadenarbeiten auf 10 Jahre nicht vereinbart wurde. Vielmehr sei die Gewährleistungszeit nur verlängert worden

bezüglich der in der vertraglich vereinbarten Gewährleistungszeit angemeldeten, anerkannten und beseitigten Mängel. Aus der von den Beklagten zu 1 und 2 vorgelegten Anlage B 5 ist tatsächlich ersichtlich, dass hinsichtlich bereits angezeigter und beseitigter Mängel eine Gewährleistungsverlängerung auf 10 Jahre vereinbart worden ist. Darum geht es hier aber nicht. Das Schreiben vom 22.12.2011 enthält keinerlei Bezug zu der Willenserklärung im Abnahmeprotokoll (K 5). Zudem lässt sich aus der Formulierung "gem. können wir uns nächstes Jahr noch einmal darüber unterhalten" keinesfalls entnehmen, dass das Rechtsgeschäft wegen eines Fehlers, insbesondere wegen eines Willensmangels, beseitigt werden soll.

Eine erstmalige Bezugnahme der Beklagten auf das Abnahmeprotokoll (K 5) erfolgte mit Schreiben vom 10.4.2013 (K 17). Dieses Schreiben war aber nicht mehr unverzüglich im Sinne von § 121 BGB.

cc. Der Klägerin ist es auch nicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben verwehrt, sich auf die verlängerte Gewährleistungsfrist zu berufen. Die Grundsätze von Treu und Glauben erfordern zwar nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass der Empfänger eines Vertragsangebots seinen davon abweichenden Vertragswillen in der Annahmeerklärung klar und unzweideutig zum Ausdruck bringt (vgl. BGH NZBau 2010, 628). Darum geht es hier aber nicht. Die Rechtsvorgängerin der Klägerin hat kein abweichendes Angebot in der Annahmeerklärung unterbreitet. Vielmehr wurde nach Vertragsabschluss eine Vertragsänderung vorgenommen.

dd. Die Auslegung der rechtsgeschäftlich verlängerten Gewährleistungsfrist im Abnahmeprotokoll gemäß § 133, 157 BGB ergibt, dass die Gewährleistungsfrist für sämtliche an der Fassade beteiligten Gewerke 10 Jahre beträgt. Der Senat folgt nicht der Rechtsauffassung der Beklagten, dass die Verlängerung der Gewährleistung hinsichtlich der Fassade nur Arbeiten am Wärmedämmverbundsystem umfasst, nicht hingegen Stahlbauarbeiten und Schlosserarbeiten. Hierfür ergibt sich aus dem Abnahmeprotokoll keinerlei Anhalt. Hätten die Parteien des Bauvertrags dies gewollt, hätten sie im Abnahmeprotokoll die unterschiedlichen Gewährleistungsfristen nach den einzelnen Gewerken geregelt. Dies ergibt sich daraus, die sie die Gewerke im Abnahmeprotokoll auf S. 1 (K 5) im Einzelnen angeführt haben.

c. Das Werk der Beklagten zu 1 war mangelhaft i.S.v. § 13 Nr. 1 VOB/B 1992, wonach der Auftragnehmer die Gewähr dafür übernimmt, dass seine Leistung zur Zeit der Abnahme die vertraglich zugesicherten Eigenschaften hat, den anerkannten Regeln der Technik entspricht und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Weil das Landgericht rechtsfehlerhaft die Ansprüche der Klägerin für verjährt erachtet hat, konnte es - aus seiner Sicht folgerichtig - offen lassen, ob der Klägerin ein Kostenvorschussanspruch zur Beseitigung der behaupteten Mängel zusteht. Die Klägerin hat hierzu beantragt, ein Sachverständigengutachten einzuholen. Der Senat hat die Beweisaufnahme insoweit nachgeholt.

Der vom Senat bestellte Sachverständige Steinert hat festgestellt, dass folgende Mängel vorliegen:

Mangel Ziff. 1 (Gutachten S. 92):

An den Abdeckungen der Balkonbrüstungen fehlen die Tropfkanten entweder ganz, sind zu nahe an der darunterliegenden Putzoberfläche angeordnet oder sind eingeputzt.

Die seitlichen Anbindungen bzw. Anschlüsse wurden ohne wirksame Abdichtungsmaßnahmen ausgeführt. Vorkomprimierte Dichtbänder fehlen oder liegen in falscher Baulage.

Die Befestigungsschrauben sind nicht eingedichtet.

Mangel Ziff. 2 (Gutachten S. 92):

Die seitlichen Anbindungen bzw. Anschlüsse wurden ohne wirksame Abdichtungsmaßnahmen ausgeführt. Vorkomprimierte Dichtbänder fehlen oder liegen in falscher Einbaulage. Die Befestigungsschrauben sind nicht eingedichtet.

Mangel Ziff. 3 (Gutachten S. 92):

Die Tropfkanten fehlen. Es wurden keine Trennungen zwischen Putz und angrenzenden Bauteilen ausgeführt.

Mangel Ziff. 4 (Gutachten S. 93)

An der überwiegenden Mehrzahl der Fenster steht die Laibungsflächendämmung über die Bordprofile hinaus. Die Unterseiten dieser Überstände sind nicht verputzt. An 2 Bauteilöffnungen fehlen Dichtbänder bzw. sind fehlerhaft eingebaut.

Mangel Ziff. 5 (Gutachten S. 93):

Bei 3 Bauteilöffnungen liegen an den Flachstahlanschlüssen der Absturzeländer keine wirksamen Abdichtungsmaßnahmen gegen Schlagregen vor. Vorkomprimierte Dichtbänder fehlen. An einer Bauteilöffnung ist die Schaumfüllung lückenhaft und ein Dichtband fehlerhaft platziert. Entkoppelungsmaßnahmen an den Stahlprofileinbindungen (z.B. Trennschnitte) wurden nicht ausgeführt.

Mangel Ziff. 6 (Gutachten S. 93)

Die seitlichen Anbindungen bzw. Anschlüsse wurden ohne wirksame Abdichtungsmaßnahmen ausgeführt. Vorkomprimierte Dichtbänder fehlen oder liegen in falscher Einbaulage.

Mangel Ziff. 7 (Gutachten S. 94)

Die Abdeckungen weisen eine zu geringe Abkantungshöhe nach unten auf.

Mangel Ziff. 9 (Gutachten S. 94):

Die Gebäudetrennfugen wurden mit vorkomprimiertem Dichtband verschlossen. Diese Ausführung widerspricht dem Leistungsverzeichnis. Dort sind Schlaufenprofile ausgeschrieben gewesen. Darüber hinaus wurden die Dichtbänder in zu geringer Dimension eingebaut.

Mangel Ziff. 10 (Gutachten S. 94):

Die Putzschicht wurde fest und starr an die Betonbauteile angeschlossen, Dichtbänder konnten an einer Bauteilöffnung nicht vorgefunden werden. Schlaufenprofile wurden nicht eingebaut.

Mangel Ziff. 11 (Gutachten S. 95):

Das Flächengewebe im Unterputz ist lückenhaft eingebaut.

Mangel Ziff. 12 (Gutachten Seite 95):

Die Attikaaufkantung sowie die seitlichen Geländerbefestigungen am Wanddurchbruch sind fehlerhaft ausgeführt. Es fehlen an den Anschlüssen zum WDVS wirksame Abdichtungsmaßnahmen.

Mangel Ziff. 13 (Gutachten S. 95):

Umriss der Dämmplatten zeichnen sich auf der Putzschicht ab.

Mangel Ziff. 14 (Gutachten S. 95):

Die Unterputzdicken betragen an den gemessenen Stellen 1,7 - 2,3 mm statt 3 mm.

Mangel Ziff. 15 (Gutachten S. 96):

Die Sockelbereiche sind unzureichend abgedichtet.

Mangel Art. 16 (Gutachten S. 96):

Die Stahlplatten der Sonnenschutzlamellen wurden durch das WDVS hindurch am massiven Mauerwerksuntergrund befestigt. Die Stahlplatten liegen außerhalb des WDVS und sind nicht putzbündig eingebaut. Entkoppelungen der Putzschicht wurden nicht ausgeführt. Abdichtungsmaßnahmen an den Anschlüssen fehlen bei 2 Bauteilöffnungen.

Mangel Ziff. 17 (Gutachten S. 97):

An den Längsseiten der Stahlbetonfertigteilüberdachungen befinden sich keine Tropfkanten.

Mangel Ziff. 18 (Gutachten S. 97):

Als Wandschutzplatte wurde eine Faserzementplatte verbaut. Die Stoßfuge zwischen 2 Platten ist weder verspachtelt, noch mit einem Schleppstreifen überbrückt.

Soweit klägerseits weitere Mängel behauptet worden, sind diese durch das Sachverständigengutachten nicht bewiesen. Insoweit wird auf das schriftliche Gutachten vom 24.8.2017 Bezug genommen.

Die Parteien hatten Gelegenheit zur Stellungnahme zum schriftliche Gutachten, die sie auch genutzt haben. Der Sachverständige wurde zum Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat geladen. Einwendungen gegen die vom Sachverständigen festgestellten Ausführungsmängel wurden dort lediglich vom Streithelfer zu 2 im Hinblick auf Trenn- und Kellenschnitt sowie Abdichtungsmaßnahmen erhoben. Der Sachverständige blieb bei seiner Feststellung, dass Trennschnitt und Kellenschnitt nicht angebracht wurden. Es sei sogar ausdrücklich danach gesucht worden. Ein Verrutschen des Dichtbandes sei nur dann möglich, wenn beim Untergrund nicht sauber gearbeitet wurde und die Klebefolie deshalb nicht halte. Weitere Einwendungen gegen die Vorgehensweise und die Feststellungen des Sachverständigen bezüglich der Ausführungsmängel, die dieser gründlich vorgenommen und für den Senat sehr anschaulich und nachvollziehbar dargelegt hat, sind nicht erhoben worden. Der Senat erachtet daher die Feststellungen des Sachverständigen als zutreffend.

d. Die Rechtsvorgängerin der Klägerin hat die Beklagte zu 1 mit Schreiben vom 01.11.2012 (K13) unter Fristsetzung bis zum 30.04.2013 zur Beseitigung von Mängeln aufgefordert, dem die Beklagte zu 1 nicht nachgekommen ist.

e. Der erforderliche Betrag der Kosten der Mängelbeseitigung durch Drittfirmen beläuft sich auf 500.728,10 Euro (brutto). Der Senat folgt der Feststellung des Sachverständigen, dass eine komplette Erneuerung der Putzschicht erforderlich ist, weil aufgrund der Vielzahl der Nachbesserungsstellen (Anschlussbereiche mit fehlenden Verdichtungen) ein Flickenteppich entstehen würde, der nicht dem üblichen Bild entspricht. Weitere konkrete Einwendungen gegen die Höhe der Mängelbeseitigungskosten sind nicht erhoben worden. Soweit die Streithelferin zu 1 erstmals mit Schriftsatz vom 5.6.2018 moniert, dass der Sachverständige sich nicht mit den klägerseits behaupteten konkreten Mängelbeseitigungsmaßnahmen (K 12) auseinandergesetzt hat, kann sie damit nicht mehr gehört werden. Die Parteien hatten im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat Gelegenheit, den Sachverständigen hierzu ggf. ergänzend zu befragen. Diese Gelegenheit hat die Streithelferin zu 1 ungenutzt verstreichen lassen. Im Übrigen setzt sich die Streithelferin mit ihrem Vortrag in Widerspruch zur Hauptpartei. Die Beklagten zu 1 und 2 gehen inzwischen selbst von Sanierungskosten in Höhe von 347.752,00 Euro ohne

Zuschläge aus (SS vom 29.05.2018, Bl. 992).

Damit ergibt sich für den Vorschussanspruch der Klägerin zunächst folgende Berechnung:

Ein Vorschussbetrag von 500.728,10 EUR brutto (420.779,92 Euro netto zzgl. Umsatzsteuer von 19 % =72.948,18 EUR) ist zur Beseitigung der bestehenden Mängel erforderlich. Der Senat hat keinen Zweifel an der Richtigkeit der Einschätzung des Sachverständigen im schriftlichen Gutachten und der mündlichen Erörterung und geht von ihr aus.

f. Die Beklagten können der Klägerin jedoch die zum Teil fehlerhafte Planung durch den Bauherrn haftungsmindernd entgegen halten, §§ 242, 254, 278 BGB. Dies führt aber im Ergebnis nicht zu einer teilweisen Klageabweisung, da auch der gekürzte Anspruch den mit der Klage geltend gemachten Betrag übersteigt (§ 308 Abs. 1 ZPO).

aa. Im vorliegenden Fall war die Planung für das Bauvorhaben Sache des Bauherrn, der Rechtsvorgängerin der Klägerin. Denn aus den von den Parteien vorgelegten schriftlichen Unterlagen ergibt sich kein Hinweis darauf, dass die Beklagte zu 1 die Planung des Bauvorhabens schuldet; selbst die Klägerin hat dies nicht behauptet.

Ist ein Fehler des Gewerkes jedoch auch auf falsche oder unterbliebene Planung zurückzuführen, haftet regelmäßig der Bauherr mit, der sich eine fehlende Planung und das Planungsverschulden seines Architekten anrechnen lassen muss (§§ 242, 254, 278 BGB); der Bauherr muss sich dann an den Nachbesserungskosten beteiligen (BGH NJW 1984, 1676, 1677 m.w.N.). Da der planende Architekt stets Erfüllungsgehilfe des Bauherrn gegenüber dem Unternehmer ist, kann der in Anspruch genommene Unternehmer dem Bauherrn ggfls. ein mitwirkendes Verschulden gemäß § 254 BGB entgegenhalten, weil der Bauherr verpflichtet ist, dem Unternehmer eine mangelfreie Planung für die Bauausführung zur Verfügung zu stellen (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 16. Aufl., Rdn. 2481, 2484). Im Verhältnis zu dem Bauherrn kann der Bauunternehmer nur mit dem Teil des Schadens zur Verantwortung gezogen werden, der auch von ihm im Innenverhältnis zum Architekten zu tragen ist, so dass der Bauunternehmer später vom Architekten auch keinen Ausgleich verlangen kann. Der Unternehmer kann nicht auf seinen Ausgleichsanspruch gegen den Architekten außerhalb des Rechtsstreits zwischen Bauherr und Bauunternehmer verwiesen werden. Der Unternehmer haftet von vornherein nur mit einer Quote. Die gesamtschuldnerische Haftung des Unternehmers. besteht dann auch lediglich in Höhe dieser Quote (Werner/Pastor, aaO, Rdn. 2489; Wirth in Ingenstau/Korbion, VOB, 20. Aufl., vor § 13 Rdn. 256).

In der mündlichen Anhörung vor dem Senat hat der Sachverständige Steinert festgestellt, dass beim Bauvorhaben sowohl Planungs- als auch Ausführungsfehler vorliegen. Planungsfehler liegen an vier Stellen vor. Eine fehlerhafte Detailplanung besteht im Bereich Tropfkante an den Stahlblechen. Bei den Fensterumwehungen ist der Bauplan mangelhaft. Weiterhin liegt ein von den allgemeinen Anforderungen abweichender Bauplan bei den Attikaverblechungen vor. Und letztlich ist die Ausschreibung zur Ausführung des Sockels fehlerhaft. In allen vier Bereichen wurden die Arbeiten entsprechend der falschen Planvorgaben ausgeführt. Der Senat hat keinen Zweifel an der Richtigkeit der Einschätzung des Sachverständigen und geht von ihr aus.

Bei der gebotenen Abwägung nach § 254 BGB fiel hier zu Lasten der Beklagten zu 1 ins Gewicht, dass sie die Planungsfehler bei den Fensterumwehungen, Attikaverblechungen und Sockel hätte erkennen können. Bei Berücksichtigung dieser Gesamtumstände erschien es angemessen, das Mitverschulden der Rechtsvorgängerin der Klägerin wegen der fehlerhaften Planung insoweit mit 70 % zu bemessen. Da der Planungsfehler hinsichtlich der Tropfkante für

das ausführende Unternehmen nicht erkennbar war, bemisst der Senat das Mitverschulden der Rechtsvorgängerin der Klägerin insoweit mit 100 %.

bb. Dies führt nach den Berechnungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung am 24.4.2018 (Bl. 935 f.), denen sich der Senat anschließt, zu folgender Anspruchskürzung:

(1) Zur Mangelbeseitigung hinsichtlich der fehlerhaft geplanten Tropfkante sind 8.450,00 Euro erforderlich (Positionen 13 und 14 des schriftlichen Sachverständigengutachtens, S. 85). Die Mitverschuldensquote beträgt 100 %. Abzuziehen sind somit 8.450,00 Euro.

(2) Zur Mangelbeseitigung hinsichtlich der Fensterumwehrungen sind 3.770,00 Euro erforderlich (Positionen 26 und 27 des schriftlichen Sachverständigengutachtens, S. 86). Die Mitverschuldensquote beträgt 70 %. Abzuziehen sind somit 2.639,00 Euro.

(3) Zur Mangelbeseitigung hinsichtlich der Attikableche sind 19.250,00 Euro erforderlich (Positionen 28 bis 31 des schriftlichen Sachverständigengutachtens, S. 86 f.). Die Mitverschuldensquote beträgt 70 %. Abzuziehen sind somit 13.475,00 Euro.

(4) Eine weitere Kürzung wegen Planungsfehlern im Sockelbereich findet nicht statt. Zwar führt allein der Planungsfehler im Sockelbereich nach den Feststellungen des Sachverständigen dazu, dass zumindest die hiervon betroffenen Fassaden vollständig zu erneuern wären. Ausnahmsweise haftet der Bauunternehmer aber trotz eines Planungsfehlers des Architekten auf die gesamten Mängelbeseitigungskosten, wenn der Schaden sowohl durch einen Planungsfehler des Architekten als auch durch einen Ausführungsfehler des Bauunternehmers entstanden ist, und der Ausführungsfehler auch ohne den Planungsmangel selbständig zum vollen eingetretenen Schaden beigetragen hat (Werner /Pastor, aaO Rdn. 2490). Ein derartiger Ausnahmefall liegt hier vor. Der Sachverständige Steinert hat in der mündlichen Erörterung überzeugend festgestellt, dass es sich sowohl um einen Planungs- als auch um Ausführungsfehler handelt, jeder Fehler aber bereits für sich betrachtet, den Schaden in vollem Umfang herbeigeführt hätte (Protokoll vom 24.04.2018, S. 6). Die Haftung der Beklagten zu 1. für die gesamten Mängelbeseitigungskosten hinsichtlich der kompletten Überarbeitung der Fassade gegenüber der Klägerin beruht somit darauf, dass die von ihr zu verantwortenden Ausführungsfehler auch ohne den Planungsmangel selbständig zum vollen eingetretenen Schaden geführt hätten.

(5) Der zur Mängelbeseitigung erforderliche Betrag von netto 347.752,00 EUR (ohne Nebenkosten) ist somit um 24.564,00 (8.450,00 Euro, 2.639,00 Euro, 13.475,00 Euro) zu kürzen, so dass sich ein Betrag von 323.188,00 ergibt. Abzüglich eines Nebenkostenanteils in Höhe von 3.306,00 errechnet sich ein Betrag 319.992,00 Euro. Hinzu kommen Nebenkosten für Baustelleneinrichtung in Höhe von 10.432,56 sowie Aufwand für Fachplanung und Bauüberwachung in Höhe von 62.595,36 Euro. Daraus errechnet sich ein Betrag für die Mängelbeseitigung in Höhe von 393.019,92 Euro. Zuzüglich Umsatzsteuer von 19 % ergibt sich somit ein Vorschussanspruch der Klägerin von brutto 467.693,70 Euro. Dieser Betrag übersteigt den mit der Klage geltend gemachten Betrag von 358.085,28 (§ 308 Abs. 1 ZPO).

g. Der Aufwand für die Mängelbeseitigung ist schließlich nicht aus dem Grunde zu kürzen, dass die Klägerin nach 12 Jahren Standzeit des Gebäudes eine neue Fassade erhält, deren Lebensdauer über diejenige der alten Fassade hinausgeht, auch wenn diese mangelfrei gewesen wäre. Diesem Vorteil steht der gleichwertige Nachteil gegenüber, dass die Klägerin seit der ersten Mängelrüge mit der Fassade hat vorliebnehmen müssen, die zahlreiche Risse aufweist und von Niederschlagswasser angegriffen wird, weil die Beklagte zu 1 ihrer Pflicht zur Nacherfüllung nicht nachgekommen ist.

2. Zinsen kann die Klägerin von der Beklagten zu 1 gemäß § 286 BGB seit 22.7.2013 beanspruchen. Die Beklagte zu 1 befand sich aufgrund Aufforderungsschreibens der Klägerin vom 22.5.2013 (K18) in Zahlungsverzug.

3. Die Klägerin macht neben der Hauptforderung als Nebenforderung die Erstattung vorgerichtlich entstandener Anwaltsgebühren in Höhe von 3.928,43 Euro geltend. Diese Forderung ist gerechtfertigt.

Die Anwaltsgebühren sind zwar nicht unter dem Gesichtspunkt des Verzuges (§ BGB § 286 BGB) als Rechtsverfolgungskosten erstattungsfähig, da diese Kosten bereits entstanden sind, als die Beklagte zu 1 noch nicht mit der Begleichung der Forderung der Klägerin auf Vorschuss zu den Selbstvornahmekosten in Verzug war (vgl. Palandt-Grüneberg, BGB, 77. Aufl. 2018, Rz. 42 zu § 286). Mit anwaltlichem Schreiben (K18) ist die Beklagte zu 1 erstmalig zur Zahlung aufgefordert worden.

Als Anspruchsgrundlage für einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch der Klägerin ist hier indessen der Schadensersatzanspruch wegen vertraglicher Pflichtverletzung gemäß § 13 Nr. 7 Abs. 3 S. 2 a VOB/ B i. V. m. §§ 634 Nr. 4, BGB, 280, 249 BGB heranzuziehen. Anknüpfungspunkt für die Pflichtverletzung ist die Mangelhaftigkeit der Werkleistung der Beklagten zu 1. Kosten der vorgerichtlichen Rechtsverfolgung, die wie hier eine adäquat-kausale Folge der Mangelhaftigkeit des hergestellten Werkes sind, können als Mangelfolgeschäden erstattet verlangt werden (vgl. BGH, Urteil vom 25.09.2003, Az.: VII ZR 357/02).

4. Der Klägerin steht auch das nötige Feststellungsinteresse für den Klageantrag zu 4 zu. Der Vorschussklage ist es immanent, dass die später nach Durchführung der Selbstvornahme entstehenden Kosten entweder höher oder niedriger als der geltend gemachte Vorschuss sein können. Darauf muss sich der Werkunternehmer einstellen. Der Auftragnehmer muss solange mit Nachforderungen rechnen, als die Kosten der Mängelbeseitigung nicht endgültig feststehen. Der Senat sieht daher das Feststellungsinteresse als gegeben an, um bei etwaig höher anfallenden Selbstvornahmekosten, als im Sachverständigengutachten prognostizierend festgestellt, einen Streit der Parteien über die Berechtigung dieser Mehrkosten zu vermeiden (vgl. OLG Koblenz, Az.: 3 U 689/13).

Soweit die Klägerin im Klageantrag einen Abzug "Neu für alt" berücksichtigt hat, ist der Senat hieran gebunden § 308 Abs. 1 ZPO.

B. Ansprüche gegen die Beklagten zu 3

1. Die Beklagte zu 3 ist der Klägerin gemäß § 765 BGB aus der übernommenen Gewährleistungsbürgschaft (K6) zur Zahlung von 126.000,00 EUR verpflichtet, weil sich die Beklagte zu 3 wirksam für die von der Klägerin geltend gemachte Hauptschuld verbürgt hat, die gesicherte Hauptschuld besteht und der Bürgschaftsfall eingetreten ist.

a. Die Beklagte kann sich nicht auf § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB berufen, wonach die Verpflichtung des Bürgen durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, nicht erweitert wird. Dieses sog. "Verbot der Fremddisposition" ist verletzt, wenn der Bürge einem für ihn in seinem Umfang nicht vorhersehbaren, über das aktuelle Sicherheitsbedürfnis des Gläubigers hinausreichenden Risiko ausgesetzt wird, also der Kreis der künftigen Forderungen nicht von Anfang an klar abgesteckt ist (Palandt-Sprau, BGB,

77. Auflage, § 765, Rn. 20 m. w. N.).

Ein solcher Verstoß gegen das Verbot der Fremddisposition durch die Verlängerung der Gewährleistungsfrist liegt aber nicht vor. Die Beklagte zu 3 hat nicht dargelegt, dass die Gewährleistungsfrist zeitlich nach der Übernahme der Bürgschaft verlängert wurde. Selbst wenn - so die Behauptung der Beklagten zu 3 - die Gewährleistungsverlängerung im Abnahmeprotokoll erst am 28.06.2006 von der Bauherrin unterzeichnet wurde, erfolgte dies nicht nach Erteilung der Bürgschaftserklärung. Denn entgegen der Annahme der Beklagten zu 3 kommt es für die Bestimmung des richtigen Zeitpunkts nicht auf die Unterzeichnung der Bürgschaftsurkunde durch den Bürgen an. Zur Wahrung der Schriftform des § 766 S. 1 BGB genügt nicht die im Streitfall am 27.06.2006 erfolgte Unterzeichnung der Bürgschaftsurkunde durch den Bürgen. In Übereinstimmung mit §§ 780 S. 1, 781 S. 1 BGB muss vielmehr hinzukommen, dass der Bürge die in der Bürgschaftsurkunde verkörperte Willenserklärung dem Gläubiger erteilt. Wie der Zugang ist auch die Erteilung Wirksamkeitsvoraussetzung der Bürgschaftserklärung. Bei fehlender Erteilung ist die Bürgschaftserklärung wegen Formmangels nichtig gemäß § 125 S. 1 BGB. Der Begriff des Erteilens verlangt eine Entäußerung gegenüber dem Gläubiger in der Weise, dass die schriftliche Erklärung diesem selbst oder einem Empfangsvertreter oder -boten sei es auch nur vorübergehend zur Verfügung gestellt wird (MüKo - Habersack, BGB, 2017, § 766, Rn. 24). Hierzu fehlt es an Vortrag, worauf die Klägerin bereits mit Schriftsatz vom 11.01.2016 (Bl. 606) hingewiesen hat.

b. Die Beklagte zu 3 kann dem Anspruch der Klägerin auch nicht die Einrede der Unwirksamkeit der zugrundeliegenden Sicherungsabrede gemäß §§ 821, 812, 768 Abs. 1 BGB entgegenhalten. Die Sicherungsabrede aus dem Bauvertrag zwischen der Rechtsvorgängerin der Klägerin und der Hauptschuldnerin ist wirksam. Ob die Vertragsbedingungen des Bauvertrags als AGB an § 307 BGB zu messen sind, kann offenbleiben. Sie wären auch dann wirksam. Denn die Vertragsbedingungen zur Sicherheitsleistung durch Bürgschaft unter § 9 des Bauvertrags benachteiligen die Hauptschuldnerin weder für sich genommen noch in ihrem Zusammenhang unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB. Die Pflicht, eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % zu stellen, ist für sich genommen ebenso wenig zu beanstanden wie die Pflicht zur Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft in Höhe von 5 %. Üblich und als Obergrenze auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von der Rechtsprechung grundsätzlich gebilligt sind bis zu 10% der Auftragssumme für die Vertragserfüllungssicherheit (vgl. BGH, NJW 2011, 2125) und bis zu 5% der Abrechnungssumme für die Gewährleistungsbürgschaft (vgl. BGH, MDR 2004, 805).

Eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers durch die AGB des Auftraggebers kann sich auch aus einer Gesamtwirkung mehrerer, jeweils für sich genommen nicht zu beanstandender Vertragsbestimmungen ergeben (BGH ZfR 2016, 564). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Auftragnehmer dem Auftraggeber auch über den Zeitraum der Abnahme hinaus wegen Mängelansprüchen eine überhöhte Sicherheit zu leisten hat, weil durch die Vertragserfüllungssicherheit auch Gewährleistungsansprüche abgesichert werden und es dem Auftraggeber deshalb möglich ist, die Vertragserfüllungssicherheit noch längere Zeit nach der Abnahme zu behalten (BGH, Urteil vom 23. Januar 2015 - VII ZR 120/14 m.w.N.).

So verhält es sich im hier zu entscheidenden Fall aber nicht. Bei Zugrundelegung der insoweit maßgeblichen kundenfeindlichsten Auslegung der Vertragsbedingungen (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 5. Mai 2011 - VII ZR 179/10) tritt für die Zeit nach der Abnahme der Werkleistung keine Kumulation von Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft ein. Durch die im Vertrag in § 9 Ziff. 3 geregelte Rückübertragung Zug um Zug kommt es nicht zu einer Überschneidung beider Bürgschaftsformen mit der Folge, dass der Auftraggeber nicht beide Sicherheiten

nebeneinander beanspruchen kann. Vielmehr ist durch die Vertragsgestaltung sichergestellt, dass die eine Bürgschaft die andere ablöst.

Die im Übrigen von der Beklagten zu 3 angeführten Entscheidungen sind nicht einschlägig.

2. Verzugszinsen kann die Klägerin von der Beklagten zu 1 gemäß § 286 BGB seit 03.09.2013 beanspruchen. Die Beklagte zu 3 befand sich aufgrund Aufforderungsschreibens der Klägerin vom 22.5.2013 (K19) in Zahlungsverzug.

3. Da die Beklagte zu 3 die volle Bürgschaftssumme zahlen muss, hat sie Anspruch auf Rückgabe der Originalbürgschaftsurkunde gemäß §§ 371 S. 1, 368 S. 1 BGB. Die Klägerin hat der Beklagten zu 3 die Übergabe der Bürgschaftsurkunde Nr. 35 B - 535 -357085957 - 8 der D### Versicherung AG über 126.000,00 EUR vom 27. 6.2006 Zug um Zug gegen Auszahlung der Bürgschaftssumme mit der Klageschrift vom 6.2.2014 (S. 9, Bl. 9) angeboten. Da die Beklagte zu 3 die Zahlung aus der Bürgschaft verweigert hat, befindet sie sich daher in Annahmeverzug. Das Feststellungsinteresse ergibt sich aus § 756 Abs. 1, 765 Nr. 1 ZPO.

Die Kostenentscheidung beruht hinsichtlich der ersten Instanz auf §§ 91 Abs. 1, 100, 101, 344 ZPO und hinsichtlich der zweiten Instanz auf §§ 91 Abs. 1, 97, 100, 101 ZPO. Die Entscheidung über die Abwendungsbefugnis beruht auf § 711 ZPO. Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern. Der Senat folgt der herrschenden Rechtsprechung der anderen Oberlandesgerichte (§ 543 Abs. 2 ZPO).

Verkündet am 26.06.2018