
Datum: 02.03.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 139/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:0302.21U139.09.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 42 O 11/08

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 10. Juni 2009 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

- I. 1
- Auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil wird gemäß § 540 Abs.1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen. Unter Berücksichtigung des weiteren Vorbringens der Parteien stellt sich der Sachverhalt wie folgt dar: 2
- Der Kläger nimmt die Beklagte aus einer Gewährleistungsbürgschaft vom 04.11.2003 (K 3, Bl. 14 GA) in Anspruch, die aus Anlass des von der C3 AG im Auftrag des Klägers ausgeführten Bauvorhabens "Neubau eines Brückenbauwerkes I4, I2-I3" gestellt wurde. 3
- 4

Dem Auftrag lag ein Angebot der später von der C3 AG übernommenen X2 & X AG vom 11.10.1996 (Anschreiben K 13, Bl. 216f. GA) zugrunde, in dem als Angebotsbestandteil neben der VOB/B (Ausgabe Dezember 1992) und den <i>Besonderen Vertragsbedingungen</i> (siehe BVB-StB, Anlage B 1, Bl. 51-53 GA) u.a. die	5
<i>Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau, Ausgabe 1995 (ZVB/E-StB 95)</i>	6
genannt waren.	7
Weiter wurde auf die Leistungsbeschreibung Bezug genommen, die auf Seite 42 (K 10, Bl. 157f. GA) unter	8
<i>5.1 Anzuwendende Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen</i>	9
u.a. auf die	10
<i>Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen für Kunstbauten, Ausgabe 1988 (ZTV-K 88)</i>	11
verwies (Auszug Bl. 159-161 GA).	12
Der Kläger erteilte am 23.12.1996 auf dieses Angebot nach Maßgabe einer "Zusatzvereinbarung" vom selben Tage den Zuschlag (K 14, Bl. 222a,b GA). Beide Seiten erkannten die getroffenen Vereinbarungen, zu denen ein gebundenes Exemplar erstellt wurde (lose bei den Akten), als Vertragsurkunde an.	13
Zwischen den Parteien ist streitig, ob die ZVB/E-StB 95 (Auszug K 9, Bl. 154-156 GA; komplett K 15 lose bei den Akten), die dem gebundenen Vertragsexemplar nicht beigelegt wurden, Vertragsbestandteil geworden sind. In ihnen heißt es auszugsweise wie folgt:	14
32 Sicherheitsleistung (§ 17)	15
<i>32.1 Die Sicherheit für Vertragserfüllung erstreckt sich auf die Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen aus dem Vertrag, insbesondere für die vertragsgemäße Ausführung der Leistung einschließlich Abrechnung, Gewährleistung und Schadensersatz, sowie auf die Erstattung von Überzahlungen einschließlich Zinsen.</i>	16
<i>32.2 Die Sicherheit für Gewährleistung erstreckt sich auf die Erfüllung der Ansprüche auf Gewährleistung einschließlich Schadensersatz sowie auf Erstattung von Überzahlungen einschließlich Zinsen.</i>	17
33 Bürgschaften (§§ 16 und 17)	18
...	19
<i>33.6 Die Urkunde über die Vertragserfüllungsbürgschaft wird nach vorbehaltloser Annahme der Schlusszahlung zurückgegeben, wenn der Auftragnehmer - die Leistung vertragsgemäß erfüllt hat, - etwaige erhobene Ansprüche (einschl. Ansprüche Dritter) befriedigt hat und -eine vereinbarte Sicherheit für Gewährleistung geleistet hat.</i>	20
<i>33.7 Die Urkunde über die Gewährleistungsbürgschaft wird auf Verlangen zurückgegeben, wenn die Verjährungsfrist für Gewährleistung abgelaufen und bis dahin erhobene Ansprüche erfüllt sind.</i>	21

...

B. Ergänzungen für den Straßen- und Brückenbau 23

... 24

109 Sicherheitsleistung (§ 17 sowie Nrn. 32 und 33) 25

109.1 Sicherheit für Vertragserfüllung ist bei einem Auftrag von mehr als 500.000 DM zu leisten und zwar in Form einer Bürgschaft in Höhe von 5 v.H. der Auftragssumme (ohne Nachträge).

109.2 Diese Bürgschaft ist nach vorbehaltloser Annahme der Schlusszahlung auf Verlangen des Auftragnehmers gegen eine Sicherheit für Gewährleistung auszutauschen, und zwar in Form einer Bürgschaft in Höhe von 2 v.H. der Abrechnungssumme; sind noch festgestellte Mängel zu beseitigen, erhöht sich die Sicherheit um den Betrag der voraussichtlichen Aufwendungen für die Mängelbeseitigung.

Bei der Abnahme des Bauwerkes rügte der Kläger am 30.08.2000 zahlreiche Mängel, die bis zum 15.12.2000 beseitigt werden sollten. Im beiderseits unterzeichneten Abnahmeprotokoll (K 1, Bl. 6-12 GA; vollständig mit Mängelliste K 19, Bl. 390-452 GA) sind als Beginn und Ende der Verjährungsfrist für die Gewährleistung für alle Arbeiten der 18.10.2000 bzw. der 17.10.2005 genannt. 28

Von der C3 AG am 07.11.2000 und 20.12.2000 erstellte Schlussrechnungen wies der Kläger zurück. Am 27.06.2003 ersetzte die C3 AG die Rechnungen durch eine neue Schlussrechnung (Deckblatt K2, Bl. 13 GA), in der sie ausgehend von einer Gesamtforderung von 11.595.246,59 € brutto nach Abzug bereits geleisteter Abschläge und Hinzusetzung einer Verzugszinsforderung einen noch ausstehenden Betrag von 751.630,10 € ermittelte. Der Kläger kürzte die Summe im Rahmen einer am 16.10.2003 vorgenommenen Rechnungsprüfung auf 60.794,94 €, die er noch am selben Tage anwies. 29

Anschließend wurde die dem Kläger zur Verfügung gestellte Vertragserfüllungsbürgschaft am 04.11.2003 gegen die über 222.500 € lautende Gewährleistungsbürgschaft (K 3, Bl. 14 GA) ausgetauscht, aus der der Kläger im hiesigen Rechtsstreit Ansprüche herleitet. 30

Mit Schreiben vom 09.12.2004 (K 26, Bl. 467 GA) gab die Beklagte gegenüber dem Kläger auf dessen Bitte vom 04.11.2004 zur Verjährung folgende Erklärung ab: 31

Dies vorausgesetzt, bestätigen wir Ihnen, dass wir die Einrede der Verjährung, welche durch die sich im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung ergebende verkürzte Verjährungsfrist von drei Jahren zum Jahresende eintreten würde, für die bezeichnete Bürgschaft nicht erheben werden. Ihre Ansprüche aus der Bürgschaft verjähren erst in dem Zeitpunkt, in dem hinsichtlich der gesicherten Forderung Verjährung eintritt, spätestens nach 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn. 32

Die C3 AG war mit der Kürzung ihrer Schlussrechnung vom 27.06.2003 nicht einverstanden und leitete deshalb ein Verfahren nach § 18 Nr. 2 VOB/B ein. Im Anschluss an einen Erörterungstermin vom 12.08.2005 mit dem mittlerweile über das Vermögen der C3 AG bestellten Insolvenzverwalter gab die vorgesetzte Dienststelle des Landesbetriebes Straßenbau NRW dem Begehren auf Zahlung weiteren Werklohnes teilweise recht (Schreiben K 7, Bl. 33f. GA). Ohne dass noch Einwendungen erhoben wurden, waren danach weitere 72.196,41 € nebst 15,3663 € Zinsen/Tag zu zahlen. 33

Mit Schreiben vom 11.10.2005 (K 4, Bl. 15-17 GA) forderte der Kläger von dem Insolvenzverwalter der C3 AG die Beseitigung von insgesamt 34 Mangelpositionen. Mit weiterem Schreiben vom 21.10.2005 (K 8, Bl. 35 GA) teilte der Kläger dem Insolvenzverwalter mit, wegen der Mängel würden 50.000 € von dem Betrag, über den man im Verfahren nach § 18 Nr. 2 VOB/B übereingekommen war, zurückgehalten. Sollten die Mängel nicht beseitigt werden, werde er mit den Mangelbeseitigungskosten aufrechnen. Einschließlich der aufgelaufenen Zinsen überwies der Kläger deshalb nur den Differenzbetrag von 23.133,75 €.	34
Am 07.06.2006 kündigte der Kläger an (Bl. 513 GA), die Beseitigung der Mängel anderweitig in Auftrag zu geben, falls eine Bereitschaft nicht bis zum 22.06.2006 erklärt werde.	35
Nach Ablauf der Frist beauftragte der Kläger gemäß Zuschlag vom 18.09.2006 (Vertrag K 16, lose bei den Akten) die C mbH, an die er auf der Grundlage einer Rechnung vom 15.01.2007 (K 5, Bl. 18-28 GA) 68.915,63 € zahlte. Außerdem wandte der Kläger für die Begleitung der Arbeiten durch das Ingenieurbüro für Bauwesen Y gemäß Rechnung vom 11.04.2007 (Bl. 29f. GA) weitere 3.427,20 € auf.	36
Die Beklagte stellte eine Eintrittspflicht aus der Bürgschaft wegen dieser Beträge mit Schreiben vom 10.05.2007 (K 6, Bl. 31f. GA) in Abrede.	37
Zunächst hat der Kläger im hiesigen Rechtsstreit von der Beklagten gestützt auf die Gewährleistungsbürgschaft die Gesamtaufwendungen (C mbH und Ingenieurbüro u 72.342,83 € abzüglich der von der Schlussrechnungsforderung zurückgehaltenen 50.000 €, also 22.342,83 €, nebst Zinsen verlangt. Später hat er die Klage wegen einiger Positionen der Rechnung der C mbH im Umfang von 2.848,38 € mit Zustimmung der Beklagten zurückgenommen, so dass er zuletzt beantragt hat,	38
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 19.494,45 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10. Mai 2007 zu zahlen.	39
Die Beklagte hat beantragt,	40
die Klage abzuweisen.	41
Die Parteien haben insbesondere über folgende Fragen gestritten:	42
1) Der Kläger hat gemeint, die ZVB/E-StB 95, deren Regelungen nicht gegen das AGB-Gesetz verstießen, seien in den Vertrag einbezogen worden. Sie enthielten eine wirksame Sicherungsabrede.	43
Die Beklagte hat gemeint, es fehle an einer Sicherungsabrede. Dies könne sie dem Kläger als Bürgin entgegenhalten. Die ZVB/E-StB 95 seien mangels Beifügung zum gebundenen Vertrag nicht Vertragsbestandteil und seien dem Auftragnehmer auch nicht zugänglich gemacht worden. Zudem handele es sich bei Nr. 109 ZVB/E-StB 95 um eine unzulässige AGB. Sie benachteilige den Auftragnehmer unangemessen, weil die Vertragserfüllungsbürgschaft erst <i>nach vorbehaltloser Annahme der Schlusszahlung</i> durch eine geringere Gewährleistungsbürgschaft abzulösen sei, so dass der Auftraggeber den Zeitpunkt durch eine Verzögerung der Schlusszahlung bestimmen könne. Außerdem sähen die Regelungen die Stellung einer unzulässigen Bürgschaft auf erstes Anfordern vor.	44
2) Weiterhin hat die Beklagte die Existenz von Mängeln und die Angemessenheit der Beseitigungskosten bestritten. Außerdem bezögen sich die Mängel nicht auf den	45

Ursprungsvertrag, sondern auf Nachträge, die von der Bürgschaft nicht erfasst seien.

3) Die **Beklagte** hat zudem gemeint, der Kläger habe sich eine unzulässige Doppelsicherung verschafft, weil er neben der zur Verfügung gestellten Gewährleistungsbürgschaft 50.000 € einbehalten habe. Nach zutreffender Rechtsprechung stehe eine zur Ablösung einer Barsicherheit erfolgte Bürgschaftsüberlassung unter der stillschweigend vereinbarten auflösenden Bedingung, dass der Auftraggeber den Bareinbehalt unbefugt behalte. Diese Argumentation lasse sich auf den Fall übertragen, dass der Kläger – wie hier – mit Mängelansprüchen gegenüber einem von ihm einseitig einbehaltenen Vergütungsbetrag aufrechne und diesen dadurch verwerte. 46

Der **Kläger** hat demgegenüber gemeint, keinen Sicherungseinbehalt vorgenommen zu haben. Vielmehr habe lediglich ein nicht unüblicher Streit über die Höhe der berechtigten Schlussrechnungsforderung bestanden. 47

4) Die **Beklagte** hat gemeint, sie könne dem Kläger gemäß § 768 Abs. 1 BGB eine nach zwei Jahren eingetretene Verjährung der Hauptforderung entgegenhalten. Eine Gewährleistungsfrist von fünf Jahren sei gemäß Nr. 5 der *Besonderen Vertragsbedingungen (BVB-StB)* (B 1, Bl. 51-53 GA) allein für Schutzplanken vereinbart worden. Ansonsten gelte die zweijährige Frist nach der bei Vertragsschluss geltenden Fassung des § 13 Nr. 4 VOB/B. Im Übrigen sei die Hauptforderung selbst bei Annahme einer fünfjährigen Verjährungsfrist vor Klageerhebung verjährt gewesen. Nach dem Inhalt der Bürgschaftsurkunde sei auf die Einrede der Verjährung der Hauptforderung nicht verzichtet worden. Aus § 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B a.F. könne eine Haftung für verjährte Hauptforderungen nicht hergeleitet werden. Soweit der Bundesgerichtshof die Klausel in – inzwischen überholten – Entscheidungen vom 21.01.1993 (BauR 1993, 335, 337) für wirksam gehalten habe, sei dies schon damals unrichtig gewesen. Die Klausel, die mangels Vereinbarung der VOB/B als Ganzes einer isolierten Inhaltskontrolle zu unterziehen sei, benachteilige den Auftragnehmer unangemessen. Dies gelte erst recht für 33.7 ZVB/E-StB 95. 48

Der **Kläger** hat gemeint, eine Gewährleistungsfrist von fünf Jahren sei nach Nr. 15 der seiner Meinung nach einbezogenen ZTV-K 88 (Bl. 159-161 GA) und zudem im Abnahmeprotokoll wirksam vereinbart worden. Gemäß § 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B a.F. und 33.7 ZVB/E-StB 95 könne er auch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist aus der Bürgschaft vorgehen, weil die Mängel dem Auftraggeber mit Schreiben vom 12.10.2005 in unverjährter Zeit angezeigt worden seien. Die Beklagte habe sich nach dem Empfängerhorizont unter Berücksichtigung des § 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B verbürgt. Die Regelung des § 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B sei auch nicht unangemessen, weil die Gewährleistungsbürgschaft eine Barsicherheit ersetze. Auch eine Barsicherheit hätte, wie aus §§ 639 Abs. 1, 478 Abs. 1 BGB a.F. folge, im Falle einer rechtzeitigen Anzeige der Mängel noch nach Verjährungseintritt in Anspruch genommen werden können. 49

5) Schließlich hat die **Beklagte** die Einrede der Verjährung der Bürgschaftsforderung erhoben. Sie hat behauptet, entsprechend der Aussage des durch das Landgericht vernommenen Zeugen C2 gehe es um Mängel, die allesamt schon bei der Abnahme am 30.08.2000 gerügt worden seien. Deshalb sei die insoweit bestehende Bürgschaftsforderung mit Ablauf des Jahres 2004 verjährt. Für die "Abnahmemängel" biete die Gewährleistungsbürgschaft ohnehin keine Deckung. Diese seien allein der früheren Vertragserfüllungsbürgschaft unterfallen. 50

Der **Kläger** hat behauptet, lediglich die Mängel 1, 3-5, 7 (teilweise), 8, 9, 12, 15, 17, 21, 24, 25, 28, 32 und 33 des Schreibens vom 11.10.2005 (K 4, Bl. 15-17 GA) hätten bereits bei 51

Abnahme vorgelegen, während die anderen Mängel erst später entdeckt worden seien. Die streitgegenständliche Forderung beziehe sich auf die späteren Mängel, weil wegen der älteren "Abnahmemängel" die in Höhe von 50.000 € erklärte Aufrechnung greife. Im Übrigen habe die Beklagte gemäß Erklärung vom 09.12.2004 (K 26, Bl. 467 GA) auf die kurze Verjährung verzichtet.

Die Kammer hat den Zeugen C2 vernommen. Wegen des Inhaltes und Ergebnisses wird auf das Protokoll zum Kammertermin vom 28.01.2009 verwiesen (Bl. 382ff. GA). 52

Mit am 10.06.2009 verkündetem Urteil, wegen dessen näheren Inhaltes auf Bl. 517ff. GA verwiesen wird, hat die Kammer die Klage abgewiesen. Sie hat die Entscheidung auf die beiden folgenden Gesichtspunkten gestützt: 53

1) Zwar sei die Bürgschaftsforderung bei enger Anwendung der bisherigen Rechtsprechung nicht verjährt. Die eigenständige Verjährung der Bürgschaftsforderung, für die die Regelverjährung von drei Jahren gelte, beginne mit Fälligkeit, die mit dem Sicherungsfall eintrete. Der Sicherungsfall sei anzunehmen, wenn ein auf Geldzahlung gerichteter Gewährleistungsanspruch entstehe. Dies wiederum setze voraus, dass der Auftraggeber den Auftragnehmer unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung auffordere (§ 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B) und eine Bezifferung des Kostenerstattungsanspruches erfolge. Dies bedürfe jedoch einer Korrektur, weil es der Bürgschaftsnehmer ansonsten in der Hand hätte, den Beginn der Verjährung der Bürgschaftsforderung endlos hinauszuzögern. Jedenfalls dann, wenn für den Bürgen wegen § 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B a.F. und wegen 33. 7 ZVB/E-StB 95 eine Berufung auf die Verjährung der Hauptforderung im Falle einer rechtzeitigen Mängelrüge des Bürgschaftsnehmers ausgeschlossen erscheine, seien die Vorschriften zur Vermeidung unangemessener Ergebnisse im Sinne des Bürgen, der grundsätzlich keinen Einfluss auf den Bauablauf habe, interessengerecht auszulegen. Für den hiesigen Fall folge die Kammer deshalb der Meinung von Maxem (NZBau 2007, 72, 73), dass eine Gewährleistungsbürgschaft nur verwertet werden könne, wenn eine Mängelrüge nicht nur in unverjährter Zeit erhoben worden, sondern wenn in unverjährter Zeit auch ein Zahlungsanspruch gegen den Auftragnehmer entstanden sei, wozu zumindest eine Fristsetzung zur Mangelbeseitigung erforderlich sei. 54

2) Außerdem scheitere eine Inanspruchnahme der Beklagten aus der Bürgschaft daran, dass dies eine unzulässige Doppelinanspruchnahme von Sicherheiten darstelle. Nach zutreffender Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes stehe die Stellung einer Bürgschaft als Austauschsicherheit durch den Auftragnehmer nach der Vorstellung der Parteien des Bauvertrages unter der auflösenden Bedingung, dass der Auftraggeber die einbehaltene Barsicherheit unbefugt behalte. Der vorliegende Fall, in dem der Kläger Gewährleistungsrechte trotz einer erhaltenen Gewährleistungssicherheit durch Aufrechnung mit einem zu Unrecht zurückgehaltenen Teil des Werklohns befriedigt habe, sei entsprechend zu behandeln. Nach den Umständen sei die Gewährleistungsbürgschaft in der Erwartung gegeben worden, der bei Abnahme fällige Werklohn werde voll ausgezahlt. Da die Auftragnehmerin die Aufrechnung hingenommen habe, habe sie ihr Wahlrecht in dem Sinne ausgeübt, dass nunmehr die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde verlangt werden könne. Die Bereicherungseinrede stehe gemäß §§ 821, 768 BGB auch der Beklagten als Bürgin zu. 55

Mit seiner gegen dieses Urteil gerichteten Berufung verfolgt der Kläger sein Begehren unter Wiederholung und Vertiefung seines Vorbringens insgesamt weiter. Er meint, der Durchsetzung seiner Forderung stehe eine Verjährung nicht entgegen. Entgegen der Meinung der Kammer sei über eine Rüge der Mängel in unverjährter Gewährleistungsfrist hinaus nicht erforderlich, dass in unverjährter Zeit – etwa infolge einer erfolglosen 56

Fristsetzung zur Mangelbeseitigung – auch ein Zahlungsanspruch gegen den Auftragnehmer entstehe. Dies sei aber zudem spätestens durch das Schreiben vom 07.06.2006 (Bl. 513 GA) geschehen, nachdem zuvor durch das Schreiben vom 11.10.2005 (K 4, Bl. 15-17 GA) gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B eine Quasiunterbrechung der Gewährleistungsfrist eingetreten sei. Zudem habe die Beklagte mit Schreiben vom 09.12.2004 (K 26, Bl. 467 GA) auf die Einrede der Verjährung verzichtet. Entgegen der Ansicht der Kammer sei kein "Korrektiv" der Rechtslage veranlasst. Die Beklagte habe sich bei der Vereinbarung der Bürgschaft entsprechend der damaligen Gesetzeslage auf eine 30-jährige Verjährungsfrist der Bürgschaftsforderung eingelassen und sei durch die zwischenzeitliche Verkürzung der Frist bereits begünstigt.	
Eine unzulässige Doppelsicherung sei schon deshalb nicht gegeben, weil kein Sicherheitseinbehalt vereinbart gewesen sei. Es sei zu keinem Zeitpunkt eine Wahl zwischen zwei gestellten Sicherheiten getroffen worden. Dass sich im Laufe der Prüfungen noch eine Forderung des Auftragnehmers ergeben habe, von der zunächst nicht ausgegangen worden sei, sei damit nicht vergleichbar.	57
Die Beklagte tritt der Berufung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags entgegen.	58
II.	59
Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet.	60
Das Landgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen.	61
Dem Kläger steht gegen die Beklagte keine Bürgschaftsforderung nach §§ 765, 767 Abs. 1 BGB zu.	62
1) Allerdings folgt der Senat nicht den Begründungen, auf die das Landgericht die Klageabweisung gestützt hat.	63
a) Die Beklagte kann sich nicht gemäß § 768 Abs. 1 BGB darauf berufen, die Bürgschaft müsse wegen einer unzulässigen doppelten Inanspruchnahme von Sicherheiten an den Hauptschuldner herausgegeben werden. Zwar nimmt der Bundesgerichtshof (BGHZ 136, 195 = BauR 1997, 1026) und ihm folgend auch der Senat (BauR 2006, 851) für den Fall, dass eine Gewährleistungsbürgschaft zur Ablösung eines Sicherheitseinbehaltes gestellt wird, an, nach den Umständen sei die Hingabe der Bürgschaft für den Fall auflösend bedingt vereinbart, dass der Auftraggeber seiner Verpflichtung zur effektiven Auszahlung nicht nachkomme.	64
Im hiesigen Fall stellte die Gewährleistungssicherheit jedoch keine Austauschsicherheit für einen Bareinbehalt dar. Ein solcher war hier nicht vorgesehen. Die Hingabe der Bürgschaft ist am 04.11.2003 bedingungslos erfolgt. Der Kläger hatte zwar zuvor im Anschluss an eine Prüfung vom 16.10.2003 einseitig einen für überhöht gehaltenen Teil der Schlussrechnungssumme einbehalten. Wenn man die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes überhaupt auf einen einseitig vorgenommenen Einbehalt übertragen kann, passt sie hier aber zumindest deshalb nicht, weil der Auftragnehmer bei Stellung der Bürgschaft aus Sicht des Klägers nicht zu erkennen gegeben hat, dass er im Gegenzug die Auszahlung des Restwerklöhnes erwarte. Vielmehr stellten sich damals die Auseinandersetzung um die Vergütungshöhe und die Hingabe einer Bürgschaft, die Forderungen des Klägers wegen etwaiger Mängel sichern sollte, als zwei voneinander	65

unabhängige Vorgänge dar.

Problematisch wurde es erst, als der Kläger den weiteren Restwerklohnbetrag, auf den man sich im Anschluss an einen Erörterungstermin vom 12.08.2005 geeinigt hat, trotz der Gewährleistungsbürgschaft nicht auszahlte, sondern ihm gegenüber mit Mängelansprüchen aufrechnete. Dies kann aber allenfalls dazu geführt haben, dass wegen eines eventuell konkludent vereinbarten Aufrechnungsverbotes das Fortbestehen des Restwerklohnanspruchs angenommen oder dass die Gewährleistungsbürgschaft in Höhe der Aufrechnung von 50.000 € nicht mehr geltend gemacht werden kann. Dies tut der Kläger aber nicht, weil er die über 222.500 € lautende Bürgschaft nur wegen des überschießenden Betrages in Anspruch nimmt. 66

b) Auch die zweite Begründung des Landgerichts teilt der Senat nicht. Gegenüber der Bürgschaftsforderung kann nicht erfolgreich eingewandt werden, ein Zahlungsanspruch gegen die Hauptschuldnerin sei in unverjährter Zeit mangels Fristsetzung zur Mangelbeseitigung nicht entstanden. Unabhängig davon, ob man meint, § 17 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B a.F. schneide dem Bürgen eine Berufung auf die Verjährung der Hauptforderung (§ 768 Abs. 1 BGB) nur mit dieser Einschränkung ab, ist eine Fristsetzung hier in unverjährter Zeit mit Schreiben vom 07.06.2006 erfolgt, weil die zunächst fünfjährige Verjährungsfrist infolge der Mängelrüge vom 12.10.2005 gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B a.F. um zwei Jahre verlängert war (siehe dazu unten). 67

2) Dem Kläger steht aber deshalb kein Anspruch gegen die Beklagte zu, weil zwischen ihm und der Hauptschuldnerin keine wirksame Sicherungsabrede über die Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft zustande gekommen ist und die Beklagte ihm deshalb gemäß § 768 Abs. 1 BGB entgegenhalten kann, dass die Bürgschaft herauszugeben ist (siehe zu den Rechtsfolgen einer fehlenden Sicherungsabrede z.B. BGH BauR 2003, 870; BGH BauR 2004, 325; BGH 2009, 809) 68

Eine Verpflichtung der Auftragnehmerin zur Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft folgt insbesondere nicht aus den Regelungen der ZVB/E-StB 95. 69

a) Entgegen der Meinung der Beklagten sind die ZVB/E-StB 95 allerdings in den Bauvertrag einbezogen worden, obwohl sie – anders als die *Besonderen Vertragsbedingungen (BVB-StB)* – kein körperlicher Bestandteil der gebundenen Vertragsurkunde sind. 70

Der Zuschlag ist auf das Angebot der Auftragnehmerin vom 11.10.1996 (K 13, Bl. 216f. GA) erteilt worden, in dem die ZVB/E-StB 95 ausdrücklich als Bestandteil des Angebotes genannt sind. Von der Einbeziehung sind die Vertragsparteien auch in der am 23.12.1996 verabredeten Zusatzvereinbarung (vorne im gebundenen Vertrag) nicht wieder abgerückt. Im Gegenteil ist darin an mehreren Stellen auf die ZVB/E-StB 95 Bezug genommen worden (siehe S. 7 der Zusatzvereinbarung). Schließlich sind die ZVB/E-StB 95 in den ebenfalls als Teil des Angebotes benannten BVB-StB, die körperlicher Bestandteil des gebundenen Vertrages sind (siehe im hinteren Bereich der Urkunde), erwähnt. Die BVB-StB stellen sich auf Seite 3 teilweise ausdrücklich als Ergänzung bzw. als Möglichkeit zur Modifizierung der ZVB/E-StB 95 dar und setzen deren Geltung voraus. 71

b) Eine wirksame Einbeziehung in den Vertrag scheitert auch nicht an AGB-rechtlichen Vorgaben. Zwar war der Kläger Verwender der ZVB/E-StB 95, bei denen es sich um allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Wenngleich die ZVB/E-StB 95 im Angebotsschreiben der Auftragnehmerin erwähnt sind, steht nach den Umständen fest, dass die Initiative zu ihrer Einbeziehung von dem Kläger ausgegangen ist, weil das Klauselwerk 72

aus seiner Sphäre stammte und im Vergabeverfahren der Inhalt des Angebotsformulars durch ihn vorgegeben war. Da die Auftragnehmerin des Bauvertrages Kaufmann bzw. Unternehmer war, fanden aber gemäß § 24 AGB-Gesetz, das gemäß Art. 229 § 5 Satz 1 BGB Anwendung findet, die Einbeziehungs Voraussetzungen des § 2 AGB-Gesetz keine Anwendung, so dass die allgemeinen Vorschriften gelten. Danach ist eine Einbeziehung in den Vertrag erfolgt, weil sich die Vertragsparteien entsprechend dem Angebotsschreiben der Auftragnehmerin über die Geltung der ZVB/E-StB 95 einig waren. Zwar muss der Verwender von AGB auch einem Unternehmer die Möglichkeit verschaffen, vom Inhalt in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen (siehe BGH NJW 1988, 1210, 1212; Palandt-Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 305 Rdnr. 54). Der Kläger konnte nach den Umständen jedoch davon ausgehen, dass die Auftragnehmerin insoweit keiner weiteren Informationen bedurfte. Die Auftragnehmerin hat die ZVB/E-StB 95 in ihrem Angebotsschreiben selbst erwähnt. Solange sie nicht zum Ausdruck brachte, über den Inhalt näher in Kenntnis gesetzt werden zu wollen, durfte der Kläger meinen, die Auftragnehmerin sei ohne Einschränkungen mit einer Einbeziehung einverstanden, weil sie entweder den Inhalt kannte oder die Klauseln auch ohne nähere Einsicht gelten lassen wollte. Eine Kenntnisnahme wäre zudem leicht möglich gewesen, weil die ZVB/E-StB 95 im Januar bzw. August 1995 von den Straßenbauverwaltungen des Bundes und der Länder aufgestellt worden waren (siehe Deckblatt K 15).

c) Die von der Auftragnehmerin gemäß 109.2 ZVB/E-StB 95 eingegangene Verpflichtung zur Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft ist aber nach § 9 AGB-Gesetz unwirksam. 73

aa) Dies kann allerdings nicht schon aus 33.4 ZVB/E-StB 95 hergeleitet werden. Die Klausel sieht eine Verpflichtung zur Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern, deren Vereinbarung in AGB den Vertragspartner unangemessen benachteiligen kann, für die Gewährleistungsbürgschaft, aus der der Kläger jetzt vorgeht, nicht vor. Etwas anderes gilt zwar für die zuvor bereitgestellte Vertragserfüllungsbürgschaft, die durch die Gewährleistungsbürgschaft abgelöst worden ist (zur AGB-rechtlichen Beurteilung siehe BGH Urteil vom 18.04.2002, BauR 2002, 1239). Soweit sich eine derartige Klausel als unzulässig erweist, ist sie jedoch für bis zum 31.12.2002 abgeschlossene Verträge ergänzend dahin auszulegen, dass der Unternehmer eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft schuldet (BGH BauR 2004, 1143; BGH BauR 2009, 809). Ist bereits eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zur Verfügung gestellt worden, kann der Unternehmer deshalb lediglich verlangen, dass der Auftraggeber ihm und dem Bürgen gegenüber schriftlich erklärt, die Bürgschaft nur als selbstschuldnerische Bürgschaft geltend zu machen (BGH BauR 2003, 1385). 74

Die unangemessene Verpflichtung zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern hat somit die Pflicht zur Stellung einer selbstschuldnerischen Vertragserfüllungsbürgschaft (nicht auf erstes Anfordern) und damit unter diesem Aspekt die Wirksamkeit der Regelungen über den Austausch dieser Bürgschaft durch die hier in Rede stehende Gewährleistungsbürgschaft nicht berührt. 75

bb) Dagegen stellt 109.2 der ZVB/E-StB 95 eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers dar, wobei keine Rolle spielt, dass die Klausel von einem öffentlichen Auftraggeber verwendet worden ist (siehe zur Problematik "öffentlicher Auftraggeber" im Zusammenhang mit der Bürgschaft auf erstes Anfordern BGH BauR 2004, 1143). Dadurch, dass der Austausch der Vertragserfüllungsbürgschaft (5% der Auftragssumme) durch eine weniger hohe Gewährleistungsbürgschaft (2% der Abrechnungssumme) von einer vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung abhängig gemacht wird, gerät das 76

gleichwertige Gefüge der beiderseitigen Rechte und Pflichten faktisch aus dem Gleichgewicht, weil der Auftraggeber die Auswechselung der Bürgschaften durch eine zögerliche Schlusszahlung behindern und zudem ein unangemessener Druck auf den Auftragnehmer ausgeübt werden kann, auch eine unzureichende Schlusszahlung vorbehaltlos anzunehmen. Das LG Berlin (NZBau 2001, 559; ibR 2001, 484) hat deshalb eine gleichartige Klausel ebenfalls für unzulässig erklärt (insoweit wurde damals keine Berufung eingelegt, siehe KG BauR 2005, 1032). Die damals untersuchte Klausel entspricht 33.6 ZVB/E-StB 95, die für den hiesigen Fall durch die nicht weniger problematische Klausel des 109.2 ZVB/E-StB 95 ersetzt worden ist. Schulze-Hagen (ibR 2009, 1234) hält derartige Klauseln wegen einer sachwidrigen Koppelung zwischen dem Anspruch auf Herausgabe einer Vertragserfüllungsbürgschaft und der vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung zu Recht ebenfalls für unwirksam.

Für ähnlich gelagerte Fälle hat auch der Bundesgerichtshof dem Verwender Grenzen hinsichtlich der Vereinbarung von AGB gesetzt, die ihm die Möglichkeit verschaffen, die Rückgabe einer Bürgschaft durch eine unangemessen starke Position zu blockieren. So darf die Geltungsdauer einer Bürgschaft – in jenem Fall einer Gewährleistungsbürgschaft – nicht einseitig in das Belieben des Auftraggebers gestellt werden (BGH BauR 2003, 1385, 1388). Zudem kann die in AGB vorgesehene Ablösung eines Sicherungseinbehaltes durch eine Gewährleistungsbürgschaft nicht davon abhängig gemacht werden darf, dass keine wesentlichen Mängel vorhanden sind. Jeder Streit um wesentliche Mängel, der sich selbst bei unberechtigten Beanstandungen über die Dauer der Gewährleistungsfrist hinziehen kann, hindert nämlich das Austauschrecht (BGH BauR 2004, 325). 77

33.6 ZVB/E-StB 95 kann nicht als Auffangklausel für 109.2 ZVB/E-StB 95 dienen, weil beide Klauseln aus denselben Gründen gemäß § 9 AGB-Gesetz unwirksam sind. 78

cc) Die Unwirksamkeit von 109.2 ZVB/E-StB 95 führt dazu, dass die Verpflichtung zur Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft ersatzlos entfallen ist. 79

(1) 109.2 ZVB/E-StB 95 stellt keine teilbare Klausel dar, die hinsichtlich eines unbedenklichen Teils wirksam bleiben könnte. Dafür wäre Voraussetzung, dass nach Wegstreichen der unwirksamen Teilregelung ein aus sich heraus verständlicher Klauselrest verbliebe und dieser eine sinnvolle Regelung enthielte (Palandt-Grüneberg, vor § 307 Rn. 11). Nach Streichen der Passage "nach vorbehaltloser Annahme der Schlusszahlung" könnte der Bürgschaftstausch nach der Restklausel hingegen sinnwidrig ganz unabhängig vom Fortgang des Bauvorhabens verlangt werden. 80

Zudem scheidet eine Teilbarkeit auch deshalb aus, weil die Regelung eine konzeptionelle Einheit bildet, die zu einer Gesamtbeurteilung unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessen der Vertragsparteien zwingt (siehe dazu BGH BauR 2009, 809; BGH BauR 2009, 1742). Es besteht ein Gesamtgefüge hinsichtlich des Verhältnisses von Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft insbesondere hinsichtlich der hier in Rede stehenden Ablösungsmodalitäten. 81

(2) Die Verpflichtung zur Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft kann auch nicht aus einer ergänzenden Vertragsauslegung hergeleitet werden. Zwar hat der Bundesgerichtshof insbesondere im Falle einer nach AGB-Recht unwirksamen Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern dieses Rechtsinstitut angewandt (siehe dazu oben). Die aufgestellten Grundsätze lassen sich auf den vorliegenden Fall jedoch nicht übertragen. 82

Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt zur Schließung einer Lücke in Betracht, die durch den Wegfall einer unwirksamen Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen entstanden ist, wenn dispositives Gesetzesrecht nicht zur Verfügung steht und die ersatzlose Streichung der Klausel nicht zu einer angemessenen, den typischen Interessen Rechnung tragenden Lösung führt (BGH BauR 2009, 1742). Erforderlich ist weiterhin, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, was die Parteien bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen typischerweise bestehenden Interessen vereinbart hätten, wenn sie die Unwirksamkeit der Klausel erkannt hätten.

Es kann im hiesigen Rechtsstreit offen bleiben, ob die Unwirksamkeit des 109.2 ZVB/E-StB 95, in dem die Ablösung der Vertragserfüllungsbürgschaft geregelt ist, dazu führt, dass auch die nach 109.1 ZVB/E-StB 95 vorgesehene Verpflichtung zur vorherigen Stellung der Vertragserfüllungsbürgschaft wegen eines untrennbaren Zusammenhangs der Klauseln unwirksam ist. Jedenfalls ist keine ergänzende Vertragsauslegung dahin gehend gerechtfertigt, dass die Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft trotz der Unwirksamkeit von 109.2 ZVB/E-StB 95 Voraussetzung für die Verpflichtung zur Rückgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft ist. Wie die Vertragsparteien das Zusammenspiel der Bürgschaften und anderer in Betracht kommender Sicherungsrechte gerade auch hinsichtlich des zeitlichen Ablaufs und der bau- und verhaltensabhängigen Umstände interessengerecht geregelt hätten, wenn sie um die Unwirksamkeit der Klausel gewusst hätten, ist nicht ersichtlich. Die heutige möglicherweise ausgewogene Regelung des § 17 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B existierte damals noch nicht und hätte für die Vertragsparteien bei Vertragsschluss deshalb nicht als Grundlage einer Lösung zur Verfügung gestanden.

Der Kläger muss als Folge der Verwendung einer unwirksamen Klausel hinnehmen, dass er keine Gewährleistungsbürgschaft beanspruchen kann. Der Wegfall des 109.2 ZVB/E-StB 95 führt hinsichtlich der Vertragserfüllungsbürgschaft, falls man ihre Stellung für wirksam vereinbart hält, dazu, dass sie ohne Pflicht des Auftragnehmers zur Überlassung einer Gewährleistungsbürgschaft zurückzugeben ist, sobald ihr Sicherungszweck erledigt ist. Zwar mag es sein, dass eine ergänzende Vertragsauslegung, wie auch der Bundesgerichtshof meint, im Rahmen einer Klausel zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft in Betracht kommt. Hier geht es jedoch um das komplizierte Gefüge zwischen zwei Bürgschaften und die Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft als Voraussetzung für die Ablösung einer Vertragserfüllungsbürgschaft. Würde man auch in einem solchen Fall im Wege der Auslegung eine Anpassung der allgemeinen Geschäftsbedingungen an eine AGB-rechtlich noch zulässige Regelung vornehmen, würde dabei unter Umgehung des Verbotes der geltungserhaltenden Reduktion (siehe Palandt-Grüneberg, vor § 307 Rdnr. 8 m.w.N.) die Unwirksamkeitsfolge des § 9 AGB-Gesetz umgangen. So hat der Bundesgerichtshof auch für den ähnlichen Fall der Ablösung eines Sicherungseinbehaltes durch eine Gewährleistungsbürgschaft die Möglichkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung verneint (BGH BauR 2002, 463).

3) Die Klage ist auch deshalb unbegründet, weil die Bürgschaftsforderung verjährt ist. Die dreijährige Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 Abs. 1 BGB beginnt für die grundsätzlich selbständig verjährbare Bürgschaftsforderung mit dem Schlusse des Jahres, in dem der gesicherte Anspruch fällig wird (Kniffka, Ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 26.05.09, § 634a BGB Rdnr. 258; Palandt-Sprau, § 765 Rdnr. 26 m.w.N.). Die Verjährung begann deshalb erst infolge der 2005 und 2006 unter Fristsetzung erfolgten Mangelbeseitigungsaufforderungen, die zur Fälligkeit der Hauptforderung geführt haben. Bei Klageerhebung im November 2007 wäre somit an sich noch keine Verjährung der Bürgschaftsforderung eingetreten gewesen.

a) Etwas anderes gilt aber wegen der von der Beklagten auf Anfrage des Klägers vom 04.11.2004 zur Verjährung der Bürgschaftsforderung am 09.12.2004 (Bl. 467 GA) abgegebenen Erklärung. Die Bürgschaftsforderung sollte nach dem unmissverständlichen Wortlaut, dessen Bedeutung im Senatstermin eingehend erörtert worden ist, erst mit dem Eintritt der Verjährung der Hauptforderung verjähren. Damit sollte einerseits der nach damaliger Meinung der Parteien anstehenden Rechtsfolge begegnet werden, dass die Bürgschaftsforderung wegen der zum Jahre 2002 in Kraft getretenen Änderung der Verjährungsvorschriften vor der Hauptforderung würde verjähren können. Andererseits hat die Beklagte aber auch zum Ausdruck gebracht, dass die Verjährung der Bürgschaftsforderung nicht länger dauern sollte als die der Hauptforderung. Hierauf hat sich der Kläger eingelassen. Ein Widerspruch seinerseits ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, so dass gemäß § 151 BGB eine entsprechende Vereinbarung zustande gekommen ist. Die Entgegennahme der Erklärung ist auch ohne ausdrückliche Bestätigung als Zustimmung zu werten, weil die Beklagte die Erklärung auf Bitte des Klägers abgegeben hat. Damit haben die Parteien einen Gleichklang zwischen der Verjährung der Bürgschaftsforderung und der Hauptforderung hergestellt.

b) Die Hauptforderung und damit auch die Bürgschaftsforderung waren bei Eingang der Klage am 14.11.2007 bereits verjährt.

aa) Entgegen der Ansicht der Beklagten war allerdings in Abweichung der nach § 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B 1992 vorgesehenen zweijährigen Frist insgesamt eine Verjährungsfrist von fünf Jahren für Gewährleistungsansprüche vereinbart. Nach Nr. 5 der einbezogenen BVB-StB (B 1, Bl. 51ff. GA) ist die Rubrik

Gewährleistung

Für folgende Leistungen gelten die Verjährungsfristen für die Gewährleistung der Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen bzw. des § 13 Nr. 4 VOB/B nicht sondern

wie folgt ausgefüllt worden:

für Schutzplanken = 5 Jahre

Darüber hinaus sind gemäß Nr. 15 der ZTV-K 88 (Bl. 159-161 GA) auch ansonsten fünf Jahre verabredet worden. Bei den ZTV-K 88 handelt es sich um *Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen*, die darauf abgestellt sind, für den Bau u.a. von Straßenbrücken, Stützwänden und anderen Kunstbauten für Straßen vereinbart zu werden (s. Bl. 160 GA). Die ZTV-K 88 sind auf Seiten 41f. der Leistungsbeschreibung (siehe gebundene Vertragsurkunde) als

Anzuwendende Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen

genannt und deshalb gemäß Nr. 4 Spiegelstrich 4 in den Vertrag einbezogen worden. Die demgemäß für den hier ausgeführten Brückenbau generell erfolgte Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf fünf Jahren steht entgegen der Ansicht der Beklagten nicht im Widerspruch zu Nr. 5 BVB-StB. Nach dieser Klausel ist gerade vorgesehen, dass es bei den Fristen der Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen bleibt, soweit nichts anderes vereinbart wird. Dass dann unter Nr. 5 BVB-StB eine Frist von fünf Jahren allein für Schutzplanken aufgenommen worden ist, hatte deshalb Sinn, weil sich die Schutzplanken nicht von vorneherein als Teile des Brückenbauwerkes darstellten, so dass insoweit ohne die ergänzende Vereinbarung möglicherweise nicht die 5-Jahresfrist der ZTV-K 88, sondern die

2-Jahresfrist des § 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B 1992 gegolten hätte.

bb) Der Beginn der Verjährungsfrist ist laut Abnahmeprotokoll auf den 18.10.2000 festgesetzt worden (Bl. 11 GA). Vor Ablauf der Frist von fünf Jahren sind zwar mit Schreiben vom 11.10.2005 (Bl. 15ff. GA) insgesamt 34 Mangelpositionen gerügt worden, so dass gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B 1992 mit Zugang des Schreibens am 12.10.2005 eine weitere Frist von zwei Jahren lief (Quasiunterbrechung). Diese Verjährungsregelung hält nach kürzlich geäußelter Ansicht des Senates (BauR 2009, 1913), zu deren Änderung der Senat keinen Anlass sieht, einer isolierten Inhaltskontrolle stand. Die Verjährung der Hauptforderung und damit aufgrund der Einigung der Parteien auf der Basis des Schreibens der Beklagten vom 09.12.2004 auch der Bürgschaftsforderung ist dann aber endgültig mit Ablauf der weiteren Frist im Oktober 2007 vor Klageeinreichung im November 2007 eingetreten, ohne dass zuvor eine Hemmung oder Unterbrechung erfolgt ist. 97

cc) Der Berufung der Beklagten auf den Eintritt der Verjährung stehen weder 33.7 ZVB/E-StB 95 noch § 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B 1992 entgegen. 98

Dabei kann der Senat offen lassen, ob die Klauseln einer isolierten AGB-Betrachtung standhalten, die auch hinsichtlich § 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B 1992 angezeigt ist, weil die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart worden ist, sondern die einbezogenen allgemeinen Geschäftsbedingungen Abweichungen enthalten (zu § 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B siehe BauR 1993, 335 und 337; BGH BauR 2008, 510; OLG Dresden ibR 2008, 94 und BauR 2008, 848). Auf die Wirksamkeit der Klauseln kommt es nicht an, weil sie von ihrem Regelungsgehalt her ohnehin nicht einschlägig sind. Die Klauseln verwehren dem Bürgen unter gewissen Voraussetzungen eine Berufung auf die Verjährung der Hauptforderung, während es hier um die im Prinzip unabhängig eintretende Verjährung der Bürgschaftsforderung geht, die im konkreten Fall der Verjährung der Hauptforderung folgen sollte. 99

Wenn man abweichend von der Auffassung des Senates meinte, der Einigung auf der Grundlage des Schreibens vom 09.12.2004 komme nicht die weitgehende Bedeutung einer Koppelung der Verjährung der Bürgschaftsforderung an die der Hauptforderung zu, müsste man die Einigung im Übrigen zumindest dahin verstehen, dass die Beklagte nicht für bereits verjährte Hauptforderungen in Anspruch genommen werden kann. Dies würde sich als Abbedingen von 33.7 ZVB/E-StB 95 und § 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B 1992 darstellen, so dass die Beklagte zwar nicht die Verjährung der Bürgschaftsforderung, aber gemäß § 768 Abs. 1 BGB mit demselben Erfolg die Verjährung der Hauptforderung einwenden könnte. 100

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Der Senat hat die Revision zugelassen, weil die Entscheidung teilweise auf der Beurteilung höchststrichterlich noch nicht entschiedener Rechtsfragen beruht. 101