
Datum: 14.01.2000
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 U 86/99
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2000:0114.3U86.99.00

Normen: BGB §§ 372 FF, 633; AGBG §§ 3, 9; VOB/B § 13 NR. 5;

Leitsätze:

Ersetzungsbefugnis durch Sicherheitsleistung in Form der Hinterlegung

BGB §§ 372 ff, 633; AGBG §§ 3, 9; VOB/B § 13 Nr. 5 1. Eine Ersetzungsbefugnis durch Sicherheitsleistung in Form der Hinterlegung kann aufgrund der Vertragsfreiheit wirksam durch Rechtsgeschäft vereinbart werden, ohne daß die Voraussetzungen der §§ 372 ff. BGB vorliegen müßten. Eine entsprechende Klausel im AGB verstößt nicht gegen §§ 3, 9 AGBG. 2. Die Ersetzungsbefugnis braucht nur auf Antrag der beklagten Partei in den Urteilstenor mit aufgenommen zu werden. 3. Der Vertretene braucht zur Zeit der Vornahme des Vertretergeschäfts noch nicht bestimmt zu sein. Es reicht, daß sich die Willenserklärungen erkennbar auf den Vertretenen als Geschäftsherrn beziehen. Dies gilt insbesondere für Vertragsabschlüsse des Treuhänders für die noch zuwerbende Bauherrengemeinschaft. 4. Der einzelne Wohnungseigentümer ist auch ohne Mehrheitsbeschluss der Eigentümergemeinschaft befugt, im Hinblick auf Vorschußansprüche gem. §§ 633 Abs. 3 BGB, 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B Zahlung aufgrund einer Gewährleistungsbürgschaft zu verlangen. Bei Zweiterwerb ist im Regelfall zu vermuten, daß sie von den Ersterwerbern dazu stillschweigend ermächtigt sind, Zahlung an die Mitglieder der Wohnungseigentümergemeinschaft zu verlangen. Die Wohnungseigentümer sind insoweit Gesamtgläubiger.

Tatbestand

Die Kläger sind Wohnungseigentümer der "Wohnanlage St." in L.. Sie gehen gegen die Beklagte aus einer Gewährleistungsbürgschaft vor, die diese unter dem 26.10.1993 gegenüber der C. St. mbH (C.) übernommen hat. 2

Am 24.3.1992 wurde mit notariellem Gesellschaftsvertrag die Gesellschaft bürgerlichen Rechts Wohnanlage St. D./L. gegründet. Zweck der Gesellschaft war die gemeinsame Durchführung eines Bauprojektes in D. zur Errichtung von 3 Wohngebäuden mit 87 Wohneinheiten. Gründungsgesellschafter waren zum einen die in einer Anlage zum notariellen Vertrag aufgeführten und von der C. vertretenen Personen, sowie zum anderen die H. B. GmbH (H.). Die Geschäftsführung der GbR wurde der H. unter Befreiung von der Beschränkung des § 181 BGB und befristet bis zur Beendigung der Gesellschaft durch Erreichung des Gesellschaftszwecks übertragen. 3

Unter dem 2.4.1992 schloss die H. im eigenen Namen als Auftragnehmerin und im Namen der vorgenannten GbR als Auftraggeberin unter Einbeziehung der VOB/B einen Generalübernehmer-Werkvertrag zur schlüsselfertigen Errichtung der vorgenannten Wohnanlage. Vertraglicher Fertigstellungszeitpunkt war der 31.12.1993. Die H. verpflichtete sich, zur Absicherung etwaiger Gewährleistungsansprüche eine selbstschuldnerische einredefreie Gewährleistungsbürgschaft in Höhe von 250.000,00 DM zu erbringen. 4

Diese Gewährleistungsbürgschaft (Bl. 21 d.A.) gab die Beklagte 2 Monate vor Erreichung des vertraglichen Fertigstellungszeitpunkts für die H. unter dem 26.10.1993 gegenüber der C. ab. Die Bürgschaftserklärung erfolgte dabei unter zeitlicher Befristung bis zum 30.9.1998 und unter dem Vorbehalt der Möglichkeit, die Zahlungspflicht durch Hinterlegung zu erfüllen. Zwischenzeitlich hatte die C. die Wohneinheiten der Anlage bundesweit vertrieben und die jetzigen Kläger als Käufer und Eigentümer gewonnen. Außerdem war mit der grundbuchlichen Durchführung der Teilungsvereinbarung und Baufertigstellung der Zweck und damit die Beendigung der GbR eingetreten. 5

Da die abgenommenen Bauleistungen der H. - wie ein von den Klägern eingeholtes Privatgutachten ergeben hat - Mängel aufweisen, deren Beseitigungskosten einen Betrag von 250.000,00 DM übersteigen, bevollmächtigte die Eigentümerversammlung der WEG mit Beschluss vom 12.4.1997 ihren Verwalter, die C. unter Einschaltung des Zeugen Rechtsanwalt K. zur Herausgabe der Bürgschaftsurkunde aufzufordern. Unter dem 20.3.1998 übersandte die C. die verlangte Urkunde. Im Anschluss daran forderte der Zeuge Rechtsanwalt K. die Beklagte erstmals mit Schreiben vom 31.3.1998 zur Zahlung des Bürgschaftsbetrages Zug um Zug gegen Herausgabe der Bürgschaftsurkunde auf. Die Beklagte wies in ihrem Antwortschreiben darauf hin, dass sie den angeforderten Betrag erst durch Hinterlegung zahlen werde, wenn ihr ein Nachweis für den Übergang der gegenüber der C. abgegebenen Bürgschaft auf die WEG vorgelegt werde. Der Zeuge Rechtsanwalt K. wies seinerseits mit Schreiben vom 6.5.1998 darauf hin, dass ihm schließlich die Original-Bürgschaftsurkunde von der C. anstandslos überlassen worden sei und setzte der Beklagten eine Zahlungsfrist zum 13.5.1998, die jedoch erfolglos verstrich. 6

Die Kläger haben beantragt, 7

die Beklagte zu verurteilen, an sie als Gesamtgläubiger 250.000,00 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 14.5.1998 zu zahlen Zug um Zug gegen Herausgabe der OriginalGewährleistungsbürgschaft vom 26.10.1993 zum Zeichen 950 og kö/98 913 551. 8

Die Beklagte hat

Klageabweisung beantragt.

10

Sie hat die Aktivlegitimation der Kläger bestritten. Jedenfalls hätten diese bislang einen ordnungsgemäßen Abtretungsnachweis der Forderung aus der Bürgschaftserklärung nicht erbracht, weshalb sie - die Beklagte - auch nicht in Verzug geraten sei. Außerdem habe sie aufgrund von Ereignissen, die zeitlich nach dem Schreiben des Zeugen K. vom 6.5.1998 eingetreten seien, davon ausgehen dürfen, dass sich die Geltendmachung des Anspruchs aus der Bürgschaftserklärung vorläufig erledigt habe. Hierzu hat sie unter Bezugnahme auf zwei Schreiben des für die H. tätigen Zeugen Rechtsanwalt G. vom 8.5.1998 (Bl. 58 f. d.A.) und vom 11.5.1998 (Bl. 60 f. d.A.) behauptet, die Kläger und die H. hätten vereinbart, dass die Kläger im Gegenzug dafür, dass die H. in Bezug auf die festgestellten Baumängel auf den Einwand der Verjährung verzichte, ihrerseits vorläufig nicht weiter auf die Auszahlung des Bürgschaftsbetrages bestehen würden.

11

Durch Urteil vom 19.5.1999 (Bl. 158 ff. d.A.), auf das vollinhaltlich Bezug genommen wird, hat das Landgericht nach Beweisaufnahme der Klage stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, die H. sei als Hauptschuldnerin den Klägern gegenüber wegen der unstreitig vorhandenen Baumängel gem. § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B zur Zahlung eines die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten von über 250.000,00 DM deckenden Vorschusses verpflichtet. Die Beklagte hafte hierfür aus der von ihr am 26.10.1993 abgegebenen selbstschuldnerischen Gewährleistungsbürgschaft. Die Kläger seien aktivlegitimiert, da die C. in Vertretung der hinter ihr stehenden Wohnungseigentümer gehandelt habe, und damit gem. § 164 Abs. 1 BGB mit Wirkung für und gegen die Kläger. Dass dieses Vertretungsverhältnis in der Bürgschaftsurkunde nicht ausdrücklich zum Ausdruck komme, schade gem. § 164 Abs. 1 S. 2 BGB nicht. Die Tatsache, dass die C. als Vertriebsgesellschaft bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages in Stellvertretung für die Eigentümer der Wohnanlage handelte, sei nach den vorliegenden Umständen offensichtlich und insbesondere auch für die Beklagte als ortsansässige Bank erkennbar gewesen. Auf den zwischen den Parteien umstrittenen Abtretungsnachweis komme es daher nicht an. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe auch nicht fest, dass die Kläger gegenüber der H. eine vorläufige Verzichtserklärung in Bezug auf die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft abgegeben hätten. Zwischen den Zeugen Rechtsanwalt G. und Rechtsanwalt K. habe anscheinend ein Dissens hinsichtlich der Frage eines vorläufigen Bürgschaftsverzichts vorgelegen. Das Schreiben des Zeugen G. an den Zeugen K. vom 11.5.1998 spreche sicherlich dafür, dass der Zeuge G. von einer entsprechenden Einigung ausgegangen sei. Es wäre auch wünschenswert gewesen, wenn der Zeuge K. auf dieses Schreiben klarstellend erwidert hätte. Das Schreiben vom 11.5.1998 stelle in diesem Zusammenhang auch nicht etwa ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben im Sinne von § 346 HGB dar. Zudem sei aus Sicht der Kläger angesichts des im September 1998 drohenden Zeitablaufs der befristeten Bürgschaft ein vorläufiger Verzicht auf dieselbe nicht recht verständlich und nachvollziehbar.

12

Gegen dieses ihr am 26.5.1999 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 25.6.1999 Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Fristverlängerung am 9.8.1999 begründet.

13

Sie macht geltend, die Hinterlegungsmöglichkeit hätte im Tenor des Urteils Ausdruck finden müssen. Ferner bestreitet sie die Aktivlegitimation der Kläger. In der überwiegenden Mehrheit seien sie nicht Gründungsgesellschafter gewesen. Zudem erfasse die Klägerliste nicht alle fortlaufenden Nummern der Wohnungen. Es könne nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, nicht die ausdrücklich genannte Firma C., sondern die jetzigen Kläger seien Partner

14

des Bürgschaftsvertrages. Die Kläger hätten auch nicht nachgewiesen, dass ihnen die einzelnen Ansprüche aus § 12 des Generalübernehmer-Werkvertrages abgetreten worden seien. Es sei zweifelhaft, ob es um Mängel am Gemeinschaftseigentum oder am Sondereigentum der einzelnen Eigentümer gehe. Insoweit bestreitet sie die Berechtigung der Höhe des geforderten Vorschusses. Im übrigen wendet sich die Beklagte gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts hinsichtlich des behaupteten Verzichts.	
Die Beklagte beantragt,	15
unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen, hilfsweise für den Fall ihrer Verurteilung auszusprechen, dass sie berechtigt sei, sich von der Verpflichtung aus der Bürgschaft zu befreien, indem sie unter Verzicht auf Rücknahme die Hauptsumme nebst Zinsen zugunsten der Berechtigten für die Gewährleistungsverbindlichkeiten der H. B. GmbH hinterlegt;	16
hilfsweise ihr nachzulassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung abzuwenden, die auch in Form der selbstschuldnerischen Bürgschaft einer deutschen Großbank und/oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse erbracht werden kann.	17
Die Kläger beantragen,	18
die Berufung zurückzuweisen.	19
Sie meinen, der Vorbehalt der Hinterlegung habe im Tenor keine Berücksichtigung finden müssen; es wäre erstinstanzlich Aufgabe der Beklagten gewesen, einen entsprechenden Antrag zu stellen bzw. tatsächlich zu hinterlegen. In Bezug auf ihre bestrittene Aktivlegitimation halten sie es für unerheblich, dass eine Mehrheit von ihnen sich nicht im Gesellschaftsvertrag wiederfinde. Sie seien über den Vertrieb der C. bundesweit und zeitlich danach als Kaufinteressenten geworben worden, und zwar im Rahmen eines hinlänglich bekannten Steuerspar- und Bauherrenmodells. Bis zur Erreichung des Gesellschaftszwecks habe die C. entsprechend der Prospektkonzeption eine Vielzahl von Verträgen als Vertreterin für die späteren Käufer und jetzigen Kläger geschlossen. Die Kosten für die Beseitigung der festgestellten Baumängel lägen über der Bürgschaftssumme. Auf die Unterscheidung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum komme es dabei nicht an. Hinsichtlich des angeblichen Verzichts auf Inanspruchnahme der Beklagten aus der Bürgschaft sei diese beweispflichtig geblieben. Der Zeuge K. sei auch nicht verpflichtet gewesen, dem Inhalt des Schreibens vom 11.5.1998 zu widersprechen.	20
Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze nebst den überreichten Urkunden Bezug genommen.	21
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e	22
Die in formeller Hinsicht nicht zu beanstandende Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Aufgrund ihres nunmehr gestellten Hilfsantrages war lediglich ihre Berechtigung zur Hinterlegung der Bürgschaftssumme auszusprechen. Entgegen ihrer Auffassung brauchte das Landgericht ohne einen entsprechenden Antrag im Tenor nicht zum Ausdruck zu bringen, dass die Beklagte berechtigt war, sich von der Verpflichtung aus der Bürgschaft durch Hinterlegung eines Betrages von 250.000,00 DM zu befreien. Die betreffende Klausel in der Bürgschaftsurkunde stellt eine Ersetzungsbefugnis durch Sicherheitsleistung in Form der Hinterlegung dar. Sie kann aufgrund der Vertragsfreiheit wirksam durch Rechtsgeschäft vereinbart werden, ohne dass die Voraussetzungen der §§	23

372 ff. BGB vorliegen müssten (vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, 58. Aufl., § 262 Rdn. 7, 8 und vor § 372 Rdn. 4 a; Münch-Komm-von Feldmann, BGB, 3. Aufl., § 232 Rdn. 1; Staudinger-Dilcher, BGB, 12. Aufl., vor § 232 Rdn. 4; BGB NJW 86, 1038 und 93,55). Die Klausel verstößt auch nicht gegen §§ 3, 9 AGB-Gesetz, weil sie die Klage des Gläubigers gegen die Sparkasse auf Zustimmung zur Auszahlung des hinterlegten Betrages nicht ausschließt (vgl. BGH NJW 86, 1038 (1039)).

Wie eine Ersetzungsbefugnis in prozessualer Hinsicht zu behandeln ist, ist umstritten. Nach Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 57. Aufl., § 260 Rdn. 7 ist der Beklagte zu der bestimmten Leistung mit dem Zusatz zu verurteilen, dass er diese Leistung durch die anderweitige Leistung abwenden kann. Nach anderer Auffassung ist die Klärung der Ersetzungsbefugnis im Erkenntnisverfahren zwar zulässig, aber nicht erforderlich, wenn die Parteien keine entsprechenden Anträge stellen. Die dem Schuldner zustehende Möglichkeit der anderen Leistung ist nicht Gegenstand der Verurteilung und nicht vollstreckbar. Erbringt er die andere Leistung, so hat er erfüllt und kann Vollstreckungsgegenklage erheben (so MünchKomm-Lüke, ZPO, § 260 Rdn. 23; Stein-JonasSchumann, ZPO, 20. Aufl., § 253 Rdn. 122; Klauß, NJW 50, 766 (Herausgabeklage mit der Einschränkung, dass es dem Schuldner gestattet sein soll, die Herausgabe durch Zahlung abzuwenden); K. Schmidt, ZZP 98, 32 ff. (45); PalandtHeinrichs, BGB, § 245 Rdn. 22 und BGH NJW 80, 2017 (zur Verurteilung zur Zahlung in Fremdwährung und der Ersetzungsbefugnis nach § 244 BGB)). 24

Der Senat schließt sich der letztgenannten Meinung an. Es wäre erstinstanzlich Sache der Beklagten gewesen, mit ihrem Klageabweisungsantrag den Hilfsantrag bezüglich ihrer Befugnis zur Hinterlegung der Bürgschaftssumme zu verbinden. Ohne einen solchen Antrag brauchte das Landgericht die Hinterlegungsbefugnis der Beklagten nicht in den Tenor mit aufzunehmen. 25

Die Beklagte bestreitet auch ohne Erfolg die Aktivlegitimation der Kläger. Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Bürgschaftsvertrag mit den Klägern, vertreten durch die C., zustande gekommen ist. Nach herrschender Meinung braucht der Vertretene zur Zeit der Vornahme des Vertretergeschäfts noch nicht bestimmt zu sein. Es reicht, dass sich die Willenserklärungen erkennbar auf den Vertretenen als Geschäftsherrn beziehen. Dies gilt insbesondere für Vertragsabschlüsse des Treuhänders für die noch zuwerbende Bauherrengemeinschaft (vgl. Soergel-Leptien, BGB, 12. Aufl., vor § 164 Rdn. 30 f., 33; StaudingerDilcher, BGB, 12. Aufl., vor § 164 Rdn. 51; MünchKommSchramm, BGB, 3. Aufl., § 164 Rdn. 18 ff.; PalandtHeinrichs, BGB, 58. Aufl., § 164 Rdn. 1, 8 f.; BGH NJW 89, 164 ff. (166)). Es kann keinem vernünftigen Zweifel unterliegen, dass die C. bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages nicht für sich selbst, sondern für die bereits vorhandenen sowie die noch zuwerbenden Bauherren bzw. künftigen Wohnungseigentümer gehandelt hat und dies auch für die Beklagte erkennbar war. Nach § 4 des zwischen der H. und der C. als Vertreterin der Gründungsgesellschafter abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages vom 24.3.1992 verpflichteten sich die Gesellschafter zur gemeinsamen Errichtung der St. in L.. Dabei hatte die C. nach § 2 der notariellen Urkunde die Aufgabe, das rechtswirksame Eintreten neuer bzw. das Ausscheiden der bisherigen Gesellschafter zu bewirken. Gem. § 4 des Gesellschaftsvertrages und dem ihm als Anlage III beigefügten Muster wurde von der H., handelnd für sich im eigenen Namen und als Geschäftsführer der GbR unter dem 2.4.1992 der Generalübernehmer-Werkvertrag (Bl. 12 ff. d.A.) geschlossen, der unter §§ 3 Ziff. 3 und 12 Ziff. 2 die Regelung enthält, dass der Auftraggeber - die GbR - zur Besicherung von etwaigen Gewährleistungsansprüchen 250.000,00 DM bis zum Ablauf der Mängelgewährleistungsfrist einbehalten kann, soweit die H. nicht eine Gewährleistungsbürgschaft in gleicher Höhe vorlegt. Unstreitig hat die C. sodann das 26

Anlageobjekt bundesweit vertrieben und die Kläger als Kaufinteressenten geworben, wobei diese die C. gemäß der Prospektkonzeption durch entsprechende Verträge umfassend bevollmächtigten. Diese Gestaltung der von der H. und der C. durchgeführten Bauherrenmodelle ist gerichtsbekannt. Der Senat geht davon aus, dass diese Kenntnis auch bei der Beklagten bei Eingehung der Bürgschaftsverpflichtung vorhanden gewesen ist und sie mit Sicherheit gewusst hat, in welcher Funktion die C. tätig wurde. Die Beklagte behauptet selbst nicht, dass ihr bei Vertragsschluss der Prospekt nebst Musterverträgen, der Gesellschaftsvertrag sowie der Generalübernehmer-Werkvertrag unbekannt gewesen wären. Die Abgabe der Bürgschaftserklärung ohne die Überprüfung der genannten Urkunden wäre auch mit der von ihr zu erwartenden banküblichen Sorgfalt nicht zu vereinbaren gewesen.

Aus den Umständen ergab sich daher, dass die Bürgschaftserklärung der Beklagten der Bauherren- bzw. künftigen Wohnungseigentümergeinschaft gegenüber abgegeben wurde; denn allein dieser konnten Gewährleistungsansprüche gegenüber der H. zustehen. Dass die Bürgschaftsurkunde an die C. adressiert war, schadet nicht (vgl. MünchKomm-Schramm, BGB, 3. Aufl., § 164 Rdn. 21, 111; Soergel-Leptien, BGB, 12. Aufl., § 164 Rdn. 37). 27

Unerheblich ist, dass von den insgesamt 87 Wohnungen der "St." nur 74 Eigentümer klagen. Es kann auch offen bleiben, inwieweit die jetzigen Kläger mit denjenigen Wohnungseigentümern identisch sind, die bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages am 26.10.1993 vorhanden waren. Nach herrschender Meinung ist der einzelne Wohnungseigentümer auch ohne Mehrheitsbeschluss der Eigentümergeinschaft befugt, Ansprüche auf Mängelbeseitigung, Vorschuss gem. § 633 Abs. 3 BGB, auf Ersatz der Nachbesserungskosten sowie auf Zahlung aufgrund einer Gewährleistungsbürgschaft geltend zu machen. Soweit es sich dabei um Zweiterwerber handelt, ist im Regelfall zu vermuten, dass sie von den Ersterwerbern dazu stillschweigend ermächtigt sind, Zahlung an die Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft zu verlangen (vgl. BGH NJW 85, 1551 f.; 88, 1718; 92, 1881 f.; 97, 2173 f.; OLG Frankfurt NJW-RR 93, 339; Palandt-Strauch, BGB, 58. Aufl., vor § 633 Rdn. 30; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 9. Aufl., Rdn. 471 ff.). Der BGH hat es offen gelassen, ob die Wohnungseigentümer Gesamtgläubiger gem. § 428 BGB oder Mitgläubiger gem. § 432 BGB sind. Ausgehend von seiner vorgenannten Rechtsprechung, wonach jeder einzelne Wohnungseigentümer die mangelfreie Herstellung des gesamten Gemeinschaftseigentums verlangen kann, erscheint es jedoch konsequent, Gesamtgläubigerschaft anzunehmen; denn diese liegt gem. § 428 S. 1 BGB vor, wenn mehrere eine Leistung in der Weise zu fordern berechtigt sind, dass jeder die ganze Leistung fordern kann, der Schuldner aber die Leistung nur einmal zu bewirken verpflichtet ist. Für die Inanspruchnahme einer Gewährleistungsbürgschaft, die - wie hier - den Vorschussanspruch gem. § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B betrifft, kann nichts anderes gelten. Soweit Werner/Pastor a.a.O. Rdn. 492 Mitgläubigerschaft annehmen, betrifft dies die Gewährleistungsrechte Minderung und Schadensersatz, bei denen nach der Rechtsprechung des BGH gerade keine Einzelberechtigung des einzelnen Wohnungseigentümers besteht. Gegen die vom Landgericht vorgenommene Tenorierung, wonach die Beklagte zur Zahlung an die Kläger als Gesamtgläubiger verurteilt wird, bestehen somit keine Bedenken. 28

Das Landgericht hat auch zu Recht einen Verzicht der Kläger auf die Inanspruchnahme der Beklagten aus der Bürgschaft verneint. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen. Angesichts der einander widersprechenden Zeugenaussagen ist die Beklagte beweisfällig geblieben. Zudem erscheint es kaum nachvollziehbar, dass Rechtsanwalt K. für die Kläger auf die Geltendmachung der Bürgschaft vorläufig verzichtet haben könnte, da diese nur bis zum 30.9.1998 befristet war und es zweifelhaft erscheinen konnte, in welcher 29

Form - durch einfaches Forderungsschreiben oder Klageerhebung - die Geltendmachung vor Fristablauf zu erfolgen hatte. Die Einleitung des selbstständigen Beweisverfahrens gegen die H. hatte jedenfalls keine Unterbrechungswirkung für die Bürgschaftsforderung. Im übrigen soll nach den eigenen Bekundungen des Zeugen G. und seinem Schreiben vom 11.5.1998 nur ein befristeter Verzicht der Kläger auf die Rechte aus der Gewährleistungsbürgschaft im Zusammenhang mit einem befristeten Verzicht der H. auf die Einrede der Verjährung bis zur Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens vereinbart worden sein. Der Beweisbeschluss des Landgerichts in dem selbstständigen Beweisverfahren 8 OH 20/98 datiert vom 15.5.1998. Die Klage in der vorliegenden Sache ist erst am 22.9.1998, also rund eine Woche vor Ablauf der in der Bürgschaftsurkunde genannten Frist erhoben worden. Dafür, dass eine längere Frist für den vorläufigen Verzicht der Kläger auf die Inanspruchnahme der Beklagten aus der Bürgschaft vereinbart worden wäre, ist nichts dargetan und kann insbesondere auch nicht der Aussage des Zeugen G. entnommen werden.

Die Beklagte vermag auch die Höhe des Vorschussanspruchs nicht wirksam zu bestreiten; 30
denn das Landgericht hat mit Tatbestandswirkung gem. § 314 ZPO festgestellt, dass die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten 250.000,00 DM übersteigen. Die Klage bezieht sich ausdrücklich auch nur auf Baumängel am Gemeinschaftseigentum. Soweit in dem Beweisbeschluss des Landgerichts in dem selbstständigen Beweisverfahren 8 OH 20/98 (Bl. 22 ff. d.A.) Mängel an einzelnen Wohnungseinheiten aufgeführt sind, handelt es sich ebenfalls um solche am Gemeinschaftseigentum; denn es geht um eindringende Feuchtigkeit infolge mangelhafter Isolierung der Außenwände, Balkone und Fensteranlagen (vgl. Werner/Pastor a.a.O., Rdn. 468).

Nach alledem war die Berufung der Beklagten zurück zu weisen, allerdings auf ihren 31
nunmehr im Berufungsverfahren gestellten Hilfsantrag hin zusätzlich auszusprechen, dass sie berechtigt ist, sich von der Bürgschaftsverpflichtung durch Hinterlegung der Bürgschaftssumme nebst Zinsen zugunsten der Kläger, die nach den obigen Ausführungen die Berechtigten sind, zu befreien.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Aufnahme der Hinterlegungsbefugnis 32
in den Tenor, gegen die sich die Kläger im übrigen nicht gewandt haben, bedeutet kein Teil-Unterliegen. Ihr kommt nur deklaratorische Bedeutung zu, insbesondere für ein mögliches Zwangsvollstreckungsverfahren.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 S. 1, 33
108 Abs. 1 ZPO.

Streitwert für das Berufungsverfahren und Beschwer der Beklagten: 250.000,00 DM 34

8 - - 35