
Datum: 11.05.2000
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 27. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 27 U 94/99
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2000:0511.27U94.99.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 8 O 573/90

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels - das am 14. April 1999 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld abgeändert und so neu gefaßt:

Die Beklagte zu 2) wird verurteilt, der Auszahlung des Guthabens auf dem Gemeinschaftskonto der ARGE R bei der Sparkasse M (Beklagte zu 1), Konto-Nr. unter Einbeziehung des Festgeldkontos Nr. in Höhe von 891.906,39 DM an die Klägerin zuzustimmen.

Auf die Widerklage wird die Widerbeklagte (Klägerin) verurteilt, der Auszahlung eines Guthabenbetrages aus dem vorgenannten Konto in Höhe von 92.039,18 DM an die Beklagte zu 2) zuzustimmen.

Im übrigen werden Klage- und Widerklage abgewiesen.

Die Kosten des ersten Rechtszuges werden so verteilt:

Die Gerichtskosten werden der Klägerin zu 49 % und der Beklagten zu 2) zu 61 % auferlegt.

Die außergerichtlichen Kosten der Klägerin haben diese selbst zu 3/5 und die Beklagte zu 2) zu 2/5 zu übernehmen. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2) haben diese selbst zu 2/5 und die Klägerin zu 3/5 zu tragen.

Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) und 3) fallen der Klägerin zur Last.

Die Kosten des Berufungszuges werden so verteilt:

Die Gerichtskosten haben die Klägerin zu 2/3 und die Beklagte zu 2) zu 1/3 zu tragen.

Die außergerichtlichen Kosten der Klägerin fallen ihr selbst zu 2/3 und der Beklagten zu 2) zu 1/3 zur Last.

Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2) haben diese selbst zu 1/3 und die Klägerin zu 2/3 zu übernehmen.

Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) und 3) werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Den Parteien wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der jeweils anderen Seite durch Sicherheitsleistung abzuwenden, sofern nicht die vollstreckende Partei zuvor Sicherheit in entsprechender Höhe leistet. Den Parteien wird nachgelassen, die Sicherheit durch Prozeßbürgschaft eines in Deutschland als Zoll- und Steuerbürgen zugelassenen Kreditinstitutes zu erbringen.

Die Sicherheit für die Vollstreckung der Klägerin beträgt 1.050.000,00 DM, die für die Vollstreckung der Beklagten zu 2) 200.000,00 DM und diejenige für die Vollstreckung der Beklagten zu 1) und 3) jeweils 50.000,00 DM.

Tatbestand

1

Die Klägerin und die Beklagte zu 2) (ursprüngliche Firma: R mbH und Co. KG) führten im Auftrag der B, diese letztlich vertreten durch das S D (künftig nur noch: S) in Form einer ARGE Maßnahmen der Bodensanierung sowie Erd- und Tiefbauarbeiten beim Bau eines Teilstückes der Autobahn A im Bereich S durch. Der Beklagte zu 3) war Geschäftsführer der Beklagten zu 2). Schwergewichtig besteht noch Streit über die Abrechnung ihrer jeweiligen

2

Werkleistungen sowie über die Verteilung eines etwa von der ARGE erzielten Gewinns und damit auch über die Berechtigung am verbliebenen Kontoguthaben.

Das S führte 1989 eine Ausschreibung für die oben genannten Sanierungsarbeiten durch. Die Beklagte zu 2) unterbreitete unter dem 16.05.1989 ein Angebot mit fünf Nebenangeboten über insgesamt 11.704.618,26 DM brutto. Für Teilleistungen des Titels 4, die die Beklagte zu 2) nicht selbst erbringen konnte, holte sie unter dem 27.05.1989 ein Angebot der Klägerin über 4.502.031,00 DM (brutto) ein; dieses enthielt 29 Positionen mit vier Abweichungen von der Ausschreibung des S. Nach ersten Gesprächen mit der Klägerin unterbreitete die Beklagte zu 2) dem S das Nebenangebot 3 mit einem Nachlaß von 1.295.385,00 DM netto auf den Titel 4. Mit Schreiben vom 03.07.1989 an die Beklagte zu 2) bot die Klägerin ihrerseits einen Nachlaß von 12 % auf sämtliche Einheitspreise an. Dieses Angebot reichte die Beklagte zu 2) mit pauschal 1,2 Mio DM netto auf den Titel 4 an das S weiter. Bereits am 16.05.1989 hatte die Beklagte zu 2) dem S für den Fall seiner Zustimmung zur Bildung einer ARGE vor Auftragserteilung einen Nachlaß von 30.000,00 DM in Aussicht gestellt.

Zunächst war geplant, daß die Klägerin Subunternehmerin der Beklagten zu 2) werden sollte. Die Klägerin verlangte jedoch in diesem Fall eine Erfüllungsbürgschaft, zu der die Beklagte zu 2) nicht bereit war. Am 06.08.1989 trafen sich die Geschäftsführer der Klägerin, die zu diesem Zeitpunkt zwar die Ausschreibung des S nicht aber das Preisangebot der Beklagten zu 2) kannte, und der Beklagten zu 2) zu einer Besprechung. Sie vereinbarten, das Angebot der Klägerin vom 27.05.1989 mit deren Preisen und Erläuterungen laut Positionen 1 bis 10 und 24 zum Vertragsbestandteil zu machen; nach Abschluß einer Grundlagenvereinbarung vom selben Tage schlossen sie am 06.08.1989 einen von der Beklagten zu 2) vorformulierten Vertrag zur Bildung einer "vertikal geführten" ARGE. In § 4 jenes Vertrages hieß es:

§ 4 Beteiligung und Haftung

4.1 Das Beteiligungsverhältnis der Gesellschafter

untereinander und ihre Anteile am Ergebnis, an allen sonstigen Rechten und Pflichten, an Bürgschaften, Haftung und Gewährleistung richtet sich bis zur Festlegung der endgültigen Abrechnungssummen nach den ihnen vom Auftraggeber bzw. von der ARGE übertragenen Auftragssummen und -anteilen, und zwar

Gesellschafter	Art der Arbeit	Netto-Auftragssummen	ca. %
1.1 ...	...		
1.2	Lt. Angebot vom 27.05.1989, NL-Schreiben vom 03.07.89 mit NA 2 und NA-Arge I sowie Änderung lt. Schreiben 6.8.89	3.809,626,35	100 %

4.2 Jeder Gesellschafter hat ausschließlich Anspruch	15
auf das Ergebnis, das er in dem ihm übertragenen	16
Auftragsanteil erwirtschaftet hat. Für Verluste	17
gilt das sinngemäß.	18

4.3 ...	19
---------	----

Gemäß § 8 des ARGE-Vertrages übernahm die Beklagte zu 2) die kaufmännische Geschäftsführung gegenüber dem Auftraggeber. In § 8.43 war bestimmt, daß die Gesellschafter die von ihnen erbrachten Leistungen der ARGE in Rechnung stellen sollten, die ihrerseits diese Einzelleistungen der Gesellschafter an den Bauherren weiterberechnete. Schlußrechnungen bzw. Teilschlußrechnungen waren sowohl bei der Berechnung der Gesellschafter an die ARGE als auch bei deren Weiterberechnung an den Bauherren mit dem Zuschlag der jeweils gültigen Umsatzsteuer zu versehen. Die Leistungen der Gesellschafter sollten insofern für die ARGE einen durchlaufenden Rechnungsposten darstellen. Entsprechendes teilte die ARGE später auch dem Finanzamt M unter dem 15.12.1989 mit. Die ARGE erhielt auf der Grundlage des Angebotes der Beklagten zu 2) vom 16.05.1989 mit Nebenangeboten und Nachlässen am 15.08. den Zuschlag. Am 06.10.1989 schlossen das S und die ARGE einen entsprechenden Vertrag mit einer Vertragssumme über 8.299.759,23 DM. Am 04.09. eröffneten die Klägerin und die Beklagte zu 2) das genannte Konto Nr. bei der Beklagten zu 1), wobei sie vereinbarten, daß der Beklagte zu 3) und der Industriekaufmann S seitens der Beklagten zu 2) und der Geschäftsführer der Klägerin sowie deren Mitarbeiter S Verfügungsberechtigt sein sollten. Es durften aber nur solche Verfügungen getroffen werden, die mit den Unterschriften jeweils eines Vertragspartners der ARGE versehen waren. Beide Parteien erbrachten dem S für die jeweiligen Leistungsanteile geforderte Einzelbürgschaften, die Klägerin über 191.000,00 DM, die Beklagte zu 2) über 224.000,00 DM.

Während der Durchführung der Arbeiten stellte die Klägerin fest, daß die Beklagte zu 2) gegenüber dem S höhere Beträge in Rechnung stellte, als sie ihr, der Klägerin, gegenüber mit dazu manipulierten Abschlagsrechnungen offenlegte und außerdem ihr, der Beklagten zu 2), eigenes Geschäftskonto als Empfängerkonto einsetzte. Aus den Abschlagsrechnungen Nr. 8 bis 13 über insgesamt 3.743.000,00 DM leitete der Beklagte zu 3) Zahlungen des S auf das Geschäftskonto der Beklagten zu 2). Ein Sachbearbeiter der Beklagten zu 1) nahm die Überweisungen zu Gunsten der "ARGE R" in Empfang und verbuchte die telefonisch vorab für die "ARGE R" angekündigten unbaren Zahlungen auf dem Konto der Beklagten zu 2). Nachdem diese Umleitung der Gelder von der Klägerin bemerkt und beanstandet worden war, führte die Beklagte zu 2) 926.000,00 DM auf das gemeinsame Konto ab. Nach einem Gespräch mit der Klägerin, die wegen dieser Vorgänge auch bei der Beklagten zu 1) vorstellig geworden war, leistete die Beklagte zu 2) an die Klägerin eine Scheckzahlung von 645.803,00 DM, die sie, die Beklagte zu 2), bei der von der Klägerin unter dem 30.04.1990 erteilten vorläufigen Schlußrechnung berücksichtigte, so daß diese nach Rechnungskürzungen mit einem Restanspruch der Klägerin von noch 418.933,64 DM schloß. Am 03.05.1990 erbrachte die ARGE an die Klägerin eine entsprechende Schlußzahlung, der diese mit Schreiben vom 09.05. widersprach. Insgesamt erhielt die Klägerin von der Gesamtzahlung des S über schließlich 9.281.861,14 DM an die ARGE 4.399.807,48 DM sowie weitere 70.212,35 DM als geprüfte und anerkannte Schlußrechnungssumme. Die Beklagte zu 2) erstellte ihrerseits eine eigene Schlußrechnung über restliche 909.874,85 DM unter dem 19.11.1990 und alsdann im Laufe des Rechtsstreits eine nachgeholte

Schlußrechnung vom 17.12.1994. Schließlich überreichte sie eine weitere Schlußrechnung vom 31.10.1996 über 4.882.053,67 DM brutto; die die Klägerin nach Maßgabe ihrer Prüfung auf 1.632.378,51 DM kürzte.

Das S forderte nach Rechnungsprüfung mit Schreiben vom 25.04.1994 zunächst 804.840,82 DM von der ARGE als überzahlt zurück. Dabei befriedigte es sich zunächst aus den Bürgschaften über 191.000,00 DM und 224.000,00 DM (insgesamt 415.000,00 DM) und verklagte die Gesellschafter vor dem Landgericht M auf Zahlung weiterer 412.895,89 DM. Der Rechtsstreit endete am 07.11.1997 mit einem Vergleich über insgesamt 640.000,00 DM zu Gunsten des S . Die restliche Erstattung (über bereits erhaltene 415.000,00 DM hinaus) leistete die ARGE aus ihrem Gemeinschaftskonto an das S . 22

Die Beklagte zu 2) trat zwischenzeitlich ihre Auseinandersetzungsansprüche aus der ARGE an die Beklagte zu 1) ab, die die Zedentin wiederum ermächtigte, die Forderung im eigenen Namen geltend zu machen. 23

Die Klägerin hat sich auf den Standpunkt gestellt, ein Gewinn der ARGE stehe allein ihr zu. Hierzu hat sie behauptet, der gesamte ARGE-Gewinn sei in ihrem Auftragsteil erwirtschaftet worden. Es sei nur zunächst der zu stellenden Bürgschaften wegen und im Rahmen der Zwischenabrechnung vereinbart gewesen, ihr Angebot vom 27.05.1989 zugrunde zu legen. Nach der Endabrechnung jedoch habe der Gewinn aus der ARGE entsprechend § 4.2 des Vertrages so verteilt werden sollen, daß jeder den Gewinnanteil habe erhalten sollen, der auf die von ihm durchgeführten Arbeiten entfalle. Darüber sei ausdrücklich bei Abschluß des ARGE-Vertrages gesprochen worden. Dazu hat sich die Klägerin auf einen eigenen Aktenvermerk vom 06.08.1989 über den Inhalt der bei Vertragsschluß geführten Gespräche berufen, den sie der Beklagten übermittelt und den diese widerspruchsfrei akzeptiert habe. Vor diesem Hintergrund stellten sich angebliche Abrechnungsschwierigkeiten, die die Beklagte zu 2) für die Umleitung der Gelder vorgegeben habe, als bloßer Vorwand dar. Die Klägerin hat ihren Hauptantrag zu 1) so berechnet: Ihr Leistungsanteil belaufe sich auf 6.566.592,67 DM, so daß sie unter Berücksichtigung der bereits erhaltenen Zahlungen von 4.399.807,48 DM noch Anspruch auf Zahlung von 2.166.785,19 DM habe. Demgegenüber habe die Beklagte zu 2) einen Leistungsanteil von 1.924.049,74 DM erwirtschaftet, tatsächlich aber 4.882.053,66 DM erhalten, also 2.958.003,92 DM zuviel. Deshalb habe sie, die Klägerin, Anspruch auf Freigabe des Guthabens auf dem ARGE-Konto von 920.000,00 DM sowie auf Zahlung von weiteren 1.246.785,19 DM als Differenz zum eigentlichen Gewinnanteil. 24

Ihren Hilfsantrag zu 1) hat sie so begründet: Der Auftraggeber S habe an die ARGE 9.281.861,14 DM gezahlt. Davon habe sie, die Klägerin, bereits Zahlungen von 4.399.807,48 DM erhalten. Der Beklagten zu 2) stünden demgegenüber 1.924.049,74 DM zu. 920.000,00 DM befänden sich auf dem ARGE-Konto, so daß ein verbleibender und fehlgeleiteter Betrag von 2.038.003,92 DM verbleibe, den die Beklagte zu 2) auf das Gemeinschaftskonto zu zahlen habe. Zudem hat die Klägerin auch das Zinsguthaben des Gemeinschaftskontos beansprucht. 25

Der Beklagten zu 1) hat sie vorgeworfen, sie habe die ARGE als richtigen Zahlungsempfänger der Überweisungen des S erkennen können und müssen und deshalb die Umleitung der Gelder auf das Geschäftskonto der Beklagten zu 2) ausschließen müssen. Infolge des Buchungsfehlers sei sie für den Schaden verantwortlich, der ihr, der Klägerin, aus der Fehlleitung der 8. bis 13. Abschlagszahlungen des S entstehe. 26

Hinsichtlich des Beklagten zu 3) hat sie ihren Vorwurf unerlaubter Handlung durch die Manipulation des Zahlungsverkehrs vom S auf das Geschäftskonto der Beklagten zu 2) vertieft und daraus dessen Verpflichtung zum Schadensersatz hergeleitet.

Das Landgericht hat den von der Beklagten zu 2) betriebenen Parallelrechtsstreit () mit dem vorliegenden von der Klägerin aufgenommenen Rechtsstreit verbunden und hier die von der Beklagten zu 2) gestellten Anträge als Widerklage behandelt. 28

Ihren ursprünglichen Antrag, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, 1.776.207,12 DM (zu Unrecht umgeleiteter Betrag auf das Geschäftskonto der Beklagten zu 2)) an die 29
Arbeitsgemeinschaft Sanierung S zu Gunsten des Kontos bei der Sparkasse M zu zahlen, hat sie in der mündlichen Verhandlung vom 22.02.1995 in der Hauptsache einseitig für erledigt erklärt. Einen weiteren ursprünglich gegen die Beklagte zu 2) gestellten Antrag auf Freistellung von Ansprüchen des S haben die Parteien in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt.

Zuletzt hat die Klägerin beantragt, 30

1. 31

die Beklagte zu 2) zu verurteilen, 32

a) 33

an sie (Klägerin) 1.246.785,19 DM nebst 12 % Zinsen seit dem 29.12.1990 zu zahlen, 34

b) 35

der Auszahlung des Guthabens auf dem Konto der ARGE R bei der Beklagten zu 1) an die 36
Klägerin zuzustimmen,

hilfsweise: 37

die Beklagten gesamtschuldnerische zu verurteilen, auf das Konto der Arbeitsgemeinschaft 38
bei der Sparkasse M 2.038.003,92 DM nebst 12 % Zinsen seit dem 29.12.1990 einzuzahlen.

2. 39

a) 40

festzustellen, daß die Beklagte zu 1) verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen Schaden zu 41
ersetzen, der ihr aus den Fehlbuchungen der 8. bis 13. Abschlagszahlungen des S D auf das Konto der Beklagten zu 2) anstelle des Arbeitsgemeinschaftskontos entstanden ist oder künftig entsteht,

b) 42

die Beklagte zu 1) zu verurteilen, der Auszahlung des Guthabens auf dem Konto der 43
Arbeitsgemeinschaft R bei der Beklagten zu 1) an die Klägerin zu 1) zuzustimmen,

3. 44

festzustellen, daß der Beklagte zu 3) verpflichtet ist, der Klägerin alle Schäden zu ersetzen, 45
die ihr aus dem Austausch der Kontonummern entstanden sind oder künftig entstehen.

Die Beklagten haben sich der Erledigungserklärung bezüglich des ursprünglichen Zahlungsantrages der Klägerin nicht angeschlossen und beantragt,	46
die Klage abzuweisen.	47
Die Beklagte zu 2) hat zunächst unter Berufung auf ihre erste Schlußrechnung vom 19.11.1990, die mit einem entsprechenden Guthaben schloß, einen Zahlungsantrag über 909.874,85 DM und später einen Zahlungsantrag über 102.938,89 DM gegen die Klägerin gestellt neben dem Antrag, zuzustimmen, daß ein Betrag von 797.035,19 DM an das S D und der Restbetrag von dem Gemeinschaftskonto an die Beklagte zu 2) ausgekehrt wird. Diesen Antrag haben die Parteien schließlich übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt.	48
Widerklagend hat die Beklagte zu 2) zuletzt beantragt,	49
die Klägerin zu verurteilen, zuzustimmen, daß vom Festgeldkonto mit der Nummer bei der Beklagten zu 1) in M (Anmerkung des Senats: wegen eines Schreibfehlers berichtigte Kontonummer)	50
a)	51
ein Betrag in Höhe von 340.399,11 DM an die Klägerin,	52
b)	53
ein Betrag in Höhe von 626.216,25 DM an die Beklagte zu 2) selbst,	54
c)	55
der dann noch auf dem Festgeldkonto verbliebene Restbetrag in Höhe von 52,36 % an die Beklagte zu 2) und zu 47,64 % an die Klägerin ausgezahlt wird.	56
Die Klägerin hat beantragt,	57
die Widerklage abzuweisen.	58
Die Beklagte zu 2) hat behauptet, die Parteien hätten bei der Bildung der ARGE vereinbart, der Leistungsanteil der Klägerin solle ihrem Angebot vom 27.05.1989 entsprechen. Das offenbare bereits der verwandte Begriff der "vertikalen ARGE", wonach das Innenverhältnis abzurechnen sei wie zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer nach dem Angebot der Klägerin vom 27.05.1989, während die ARGE nach außen gemäß dem Angebot der Beklagten zu 2) mit dem S abzurechnen gehabt habe. Aus § 4.1 des ARGE-Vertrages folge, daß die Gesellschafterleistung der Beklagten zu 2) der Differenz zwischen der Gesamtleistung der ARGE an das S und der ausgewiesenen Leistung der Klägerin entspreche. Zur Auslegung hat sich die Beklagte auf eigene Aktenvermerke vom 06. und 07.08.1989 (Bl. 118, 182 d. A., 50 BA) berufen, die sie der Klägerin zugeleitet habe sowie auf eine Erklärung der ARGE vom 14.09.1989 an das S (Bl. 164, 172 BA). Die Klägerin habe zu den von ihr angebotenen Sätzen bezahlt werden sollen, d.h. zu den um 12 % reduzierten Einheitspreisen nach den erbrachten Massen. Ein Gewinn der Klägerin sei bereits in ihren Auftragspreisen einkalkuliert gewesen. Der Rest sei von ihr, der Beklagten zu 2), zu erbringen gewesen. Die Differenz zu dem vom Auftraggeber zu zahlenden Endbetrag und dem Leistungsanteil der Klägerin stehe daher allein ihr, der Beklagten zu 2), zu. Der Geschäftsführer der Klägerin habe wörtlich erklärt, er wolle seine Angebotspreise haben, was die Beklagte zu 2) bekomme, sei ihm egal. In diesem Sinne seien dann auch die Abschläge	59

an die Klägerin abgerechnet worden, den Abschlag 7 ausgenommen, wobei diese dann teilweise mehr erhalten habe, als sie, die Beklagte zu 2), ihrerseits vom S bekommen habe. Demgemäß habe sie, die Beklagte zu 2), allein Anspruch auf das Restguthaben der ARGE. Die Leistungen der Klägerin seien nach ihrer eigenen und nicht nur vorläufigen Schlußrechnung bezahlt. Ein ARGE-Gewinn sei nicht angefallen. Zur Umleitung der Abschlagsentgelte des S auf ihr Geschäftskonto sei es nur deshalb gekommen, um erwartete Überzahlungsansprüche gegen die Klägerin auszugleichen; sie habe nämlich befürchtet, daß sich die Klägerin dagegen sperren könnte.

Bei einem Gespräch in den Räumen der Beklagten zu 1) hätten die Mitarbeiter der Klägerin S und S ausdrücklich bestätigt, daß neben der Schlußrechnung keine weiteren Ansprüche gegen die Beklagte zu 2) geltend gemacht würden. Im übrigen habe die Klägerin 102.938,89 DM zuviel erhalten. Im einzelnen wird dazu auf die Abrechnung der Beklagten zu 2) Bl. 309 der Akten verwiesen. Ein Schaden sei der Klägerin durch Fehlleitungen von Abschlagszahlungen des S auf ihr, der Beklagten zu 2), Geschäftskonto nicht entstanden, da die Klägerin letztlich die ihr zustehende Vergütung erhalten habe. Zudem sei die Klägerin mit weiteren Forderungen nach § 16 Abs. 3 VOB/B ausgeschlossen, da sie den zunächst fristgerecht unter dem 09.05.1990 erklärten Vorbehalt nicht näher begründet habe. Zudem hat die Beklagte zu 2) die Einrede der Verjährung erhoben. Schließlich hat sie behauptet, bestimmte Leistungspositionen des Titels 4 allein oder gemeinsam mit der Klägerin erbracht zu haben. Wegen der Einzelheiten dazu wird auf den Beweisbeschluß des Landgerichts vom 13.01.1999 (Bl. 603 f der Akten) verwiesen.

Die Beklagte zu 1) hat gemeint, ein Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin für ein Begehren auf Rücküberweisung auf das Konto der ARGE bestehe nicht mehr, da die ARGE bereits in der Abwicklung sei, eine Durchsetzungssperre folglich nicht mehr greife und die Klägerin sich mit der Beklagten zu 2) auseinandersetzen müsse. An den Falschbuchungen treffe sie ein allenfalls geringes Verschulden, weil die Bezeichnung des Empfängers in den Überweisungen nach fernmündlicher Anweisung verwechslungsfähig gewesen sei. Im übrigen treffe die Klägerin ein Eigenverschulden, da sie sich ein Fehlverhalten der Beklagten zu 2) zurechnen lassen müsse. Zudem habe man sich am 03.05.1990 dahin geeinigt, daß die Angelegenheit mit der Hingabe zweier Schecks über 418.933,64 DM und 645.803,00 DM an die Klägerin und der Umbuchung von 926.000,00 DM auf das Konto der ARGE erledigt sein solle.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugen S , W , P und P , H , S und K sowie durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Diplom-Ingenieur T , das dieser im Termin vom 03.03.1999 erläutert hat. Außerdem hat sich das Landgericht durch Rechtsanwalt B sachverständig rechtlich zur Frage der ARGE beraten lassen. Sodann hat es durch Urteil vom 14.04.1999 unter Abweisung von Klage und Widerklage im übrigen in der Hauptsache die Beklagte zu 2) verurteilt, der Auszahlung eines Guthabenbetrages aus dem ARGE-Konto von 395.397,30 DM an die Klägerin zuzustimmen und auf die Widerklage die Klägerin verurteilt, ihrerseits der Auszahlung von 579.589,88 DM an die Beklagte zu 2) zuzustimmen. Zur Begründung ist im wesentlichen ausgeführt: Die wechselseitigen Ansprüche folgten aus dem ARGE-Vertrag in Verbindung mit § 734 BGB. Zwischen den Parteien sei eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zustandegekommen in Form einer sogenannten Dach-ARGE. Danach hätten beide Gesellschafter eigenständige bauvertragliche Leistungen an die ARGE zu erbringen gehabt, was sich aus § 4 des ARGE-Vertrages herleite und durch das Schreiben an das Finanzamt M vom 15.12.1989 bestätigt worden sei. Den Werklohn erhielten die Gesellschafter ebenso wie ihren Anteil am Gewinn nach dem zwischen ihnen vereinbarten endgültigen

Beteiligungsverhältnis. Da die ARGE mit der endgültigen Fertigstellung des Werkes den vereinbarten Zweck im Sinne von § 726 BGB erreicht habe, befinde sie sich als reine Zeitgesellschaft automatisch im Stadium der Liquidation. Unter Berücksichtigung der vom S zurückgeforderten Zahlung auf näher umschriebene Positionen ergebe sich ein Leistungsanteil der Klägerin von 3.969.680,40 DM netto = 4.525.435,66 DM brutto und entsprechend für die Beklagte zu 2) ein solcher von 3.610.899,48 DM netto = 4.116.425,41 DM brutto an dem vom S gezahlten Werklohn von letztlich 8.641.861,14 DM. Die Leistungsanteile ergäben sich aus dem Gutachten des Sachverständigen T zu den streitigen Positionen, die - soweit zu den einzelnen Positionen ausgeführt - im Verhältnis von 76 % zu Gunsten der Klägerin und zu 24 % zu Gunsten der Beklagten zu 2) zu teilen seien. Nach Abzug der gewährten Nachlässe sowie unter Berücksichtigung eines Vergütungsanspruches der Beklagten zu 2) für die kaufmännische Geschäftsführung von 0,8 % des von der Klägerin erwirtschafteten Anteils und der Inanspruchnahme der Gesellschafter aus den dem S gewährten Bürgschaften errechneten sich die eingangs bezifferten Leistungsanteile der Gesellschafter. Daraus ergäben sich unter Berücksichtigung der bereits erhaltenen Zahlungen Restforderungen für die Klägerin über 236.416,65 DM und für die Beklagte zu 2) von 420.609,23 DM.

Außerdem habe jeder Gesellschafter gemäß § 722 BGB Anspruch auf die Hälfte des verbliebenen Kontoguthabens der ARGE. Die vertragliche Bestimmung des § 4.1 des ARGE-Vertrages sei demgegenüber nicht anwendbar, weil sie widersprüchlich sei. Es seien gleichrangig das Auftragsverhältnis zwischen der ARGE und dem S und zwischen der ARGE und den Gesellschaftern als Berechnungsgrundlage angegeben; das sei indes nicht miteinander vereinbar, weil die Leistungsentgelte zwischen der ARGE und den Gesellschaftern und der ARGE und dem S nicht gleich seien. Den Beweis ihrer Behauptung, daß der Klägerin nur die Vergütung ihrer Leistung nach Maßgabe des Angebotes vom 25.05.1989 habe zustehen sollen, habe die Beklagte zu 2) nicht geführt. Im Lichte dessen ergäben sich nach Befriedigung des restlichen Vergütungsanspruches aus den jeweiligen Leistungsanteilen aus dem ARGE-Restguthaben die ausgeteilten Forderungen.

63

Einen höheren Anspruch könne die Klägerin aus dem Werkvertragsverhältnis zur ARGE nicht herleiten, weil mit Blick auf die vereinbarte VOB/B über die Schlußrechnung vom 30.04.1990 hinaus nach § 16 Nr. 5 Nachforderungen ausgeschlossen seien. Die Klägerin habe ihren Vorbehalt gegen die Kürzung der Rechnung nicht rechtzeitig begründet. Im übrigen könne die Klägerin aus dem Werkvertrag ohnehin keine Gewinnansprüche gegenüber der ARGE begründen. Der Hilfsantrag der Klägerin mit dem Ziel einer Einzahlungsverpflichtung der Beklagten zu 2) auf das ARGE-Konto sei unbegründet, da die ARGE endgültig auseinandergesetzt werden könne und die Beklagte zu 2) selbst noch Ansprüche gegen die ARGE habe, die diese sofort zu bedienen habe. Auch der in einen Feststellungsantrag umzudeutende einseitige Erledigungsantrag der Klägerin hinsichtlich der anfänglich begehrten Zahlung von 1.776.207,12 DM an die ARGE sei unbegründet. Es fehle nämlich an einem erledigenden Ereignis am 20.05.1995 (Zeitpunkt der Erledigungserklärung), zudem habe die Beklagte zu 2) ihrerseits Zahlungsansprüche gegen die ARGE gehabt.

64

Ebensowenig habe die Klägerin Ansprüche gegen die Beklagte zu 1). Dabei könne auf sich beruhen, ob ein Verschulden der Beklagten zu 1) nicht hinter dem der Klägerin analog § 31 BGB zuzurechnenden vorsätzlichen Verhalten des Beklagten zu 3) zurücktrete, denn jedenfalls sei kein Schaden der Klägerin ersichtlich. Das von dieser noch zu beanspruchende Geld stehe nämlich auf dem ARGE-Konto zur Verfügung.

65

Eben aus diesem Grunde bestehe auch kein Feststellungsanspruch gegen den Beklagten zu 3).

Soweit die Parteien den Freistellungsantrag der Klägerin übereinstimmend für erledigt erklärt hätten, sei die Klägerin mit den Kosten zu belasten, weil sie insoweit vermutlich unterlegen wäre. Aus dem Gutachten des Sachverständigen T folge, daß Überzahlungen überwiegend, nämlich in Höhe von 516.489,33 DM auf die von der Klägerin ausgeführten Arbeiten entfielen. Der übereinstimmend für erledigt Widerklageantrag der Beklagten zu 2) sei demgegenüber weitgehend begründet gewesen, weil wegen Überzahlung der ARGE ein Betrag von 608.679,61 DM vom gemeinsamen Konto an das S zu zahlen gewesen sei, wozu die Klägerin ihre Zustimmung nicht habe verweigern dürfen. Der weitergehende Antrag auf Zahlung von 102.938,89 DM sei demgegenüber ebenso wie der Antrag auf Zustimmung zur Auszahlung des Restguthabens unbegründet gewesen. 67

Gegen dieses Urteil, auf das wegen der Einzelheiten verwiesen wird, richtet sich die Berufung der Klägerin. Die Beklagte zu 2) hat ihre zunächst eingelegte Anschlußberufung in der Berufungsverhandlung zurückgenommen. 68

Die Klägerin verfolgt ihren erstinstanzlich dargestellten Anspruch im wesentlichen weiter. Sie beanstandet die Annahme des Landgerichts, wonach der Gewinn der ARGE hälftig zu teilen sei. Sie meint, § 4.1 des ARGE-Vertrages gebe dafür keine Grundlage ab, weil diese Regelung nur ein vorläufiges Beteiligungsverhältnis der Gesellschafter festlege. Da alle Leistungen gegenüber dem S jedoch endgültig abgerechnet seien, finde diese Bestimmung keine Anwendung mehr. Entscheidend sei vielmehr auf § 4.2 des Vertrages abzustellen, wonach der Gewinn bei den jeweiligen Leistungen anfalle, die den entsprechenden Gesellschaftern zuzuordnen seien. Das folge auch aus § 8.43. Der Gewinn sei aber ganz überwiegend in ihrem Leistungsanteil angefallen, so daß er auch von ihr zu beanspruchen sei. Sie habe folglich Anspruch auf Auskehr dessen, was das S auf ihren Leistungsanteil an die ARGE gezahlt habe. Etwaige Zweifel bei der Auslegung des Vertrages gingen zu Lasten der Beklagten zu 2), weil diese die vorformulierten Vertragsbedingungen bei Abschluß des Vertrages gestellt habe. Die Klägerin nimmt zu den streitigen Positionen in Titel 3, 4 und 9 nebst Nachträgen im einzelnen Stellung und für sich in Anspruch, die dortigen Leistungen teilweise allein, teilweise unter untergeordneter und gelegentlich auch intern vergüteter Beteiligung der Beklagten zu 2) erbracht zu haben. Sie errechnet sich zu eigenen Gunsten aus sämtlichen Titeln eine Forderung von 6.645.443,43 DM und einen Leistungsanteil der Beklagten zu 2) mit 2.465.297,12 DM. Unter Abzug von Nachlässen in Höhe von 12 % der Abrechnungssumme sowie weiterer 30.000,00 DM und 150.000,00 DM zu ihren, der Klägerin, Lasten und auf seiten der Beklagten zu 2) mit 1.200.000,00 DM, der sich wegen des Nachlasses der Klägerin um 797.453,21 DM reduziere und weiterer 150.000,00 DM - Federführungskosten (30.000,00 DM) habe die Beklagte zu 2) nach Ziffer 2 der Vereinbarung vom 06.08.1989 nicht zu beanspruchen - ergebe sich folgende Abrechnung: 69

	Beklagte zu 2)	Klägerin
Abrechnungssumme netto	2.465.297,12 DM	6.645.443,43 DM
abzgl. vereinbarter Nachlässe	- 1.200.000,00 DM	- 797.453,21 DM (12 %)
	+ 797.453,21 DM	- 30.000,00 DM
	- 150.000,00 DM	- 150.000,00 DM
Schlußrechnungssumme netto	1.912,750,33 DM	5.667,990,22 DM

zzgl. Mehrwertsteuer 14 %	267.785,05 DM	793.518,63 DM
Schlußrechnungssumme brutto	2.180,585,38 DM	6.461,508,85 DM
	(25,23 %)	(74,77 %)
abzgl. erhaltener Zahlungen	- 4.936.192,52 DM	- 4.399.807,48 DM
		- 70.212,35 DM
Überzahlung/Anspruch	- 2.755.657,14 DM	+ 1.991.489,02 DM
+ geleistete Rückzahlungen	78.332,84 DM	
Bürgschaften	224.000,00 DM	191.000,00 DM
Überzahlung/Gesamtanspruch	- 2.453.324,30 DM	+ 2.182.489,02 DM

Auf dem Konto der ARGE, so behauptet die Klägerin, befänden sich aus Zahlungen des S noch 616.316,00 DM nebst Zinsen. Einer weiteren Auseinandersetzung der ARGE bedürfe es - so die Klägerin - nicht, da diese keine sonstigen Verbindlichkeiten habe und nur noch das Guthaben zu verteilen sei. Hinsichtlich ihrer gegen die Beklagten zu 1) und 3) weiterverfolgten Feststellungsansprüche vertieft die Klägerin ihren erstinstanzlich dargestellten Standpunkt. 71

Zu der Kostenentscheidung des Landgerichts bemängelt sie, es sei verkannt, daß die veruntreuten Gelder zurückzuerstatten gewesen seien auf das Konto der ARGE. Dieser Anspruch habe seine Erledigung gefunden durch eine ihrerseits vorgelegte Gesamtabrechnung, die an sich die Beklagte zu 2) zu erstellen gehabt habe. Entsprechendes gelte für den übereinstimmend für erledigten Antrag auf Freistellung der Klägerin von Rückforderungen des S . 72

Die Klägerin beantragt, 73

1. 74

a) 75

die Beklagte zu 2) zu verurteilen, 76

an die Klägerin 1.566,353,03 DM nebst 12 % Zinsen seit dem 29.12.1990 zu zahlen, 77

b) 78

der Auszahlung des Guthabenbetrages auf dem Gemeinschaftskonto der ARGE R bei der Sparkasse M , Kontonummer (fälschlich:) an die Klägerin zuzustimmen; und 79

c) 80

die Widerklage der Beklagten zu 2) abzuweisen; 81

2. 82

festzustellen, daß die Beklagte zu 1) verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen, der dieser aus den Fehlbuchungen der 8. bis 13. Abschlagszahlungen des S D auf das Konto der Beklagten zu 2) anstelle des Arbeitsgemeinschaftskontos entstanden ist oder künftig entsteht; 83

festzustellen, daß der Beklagte zu 3) verpflichtet ist, der Klägerin alle Schäden zu ersetzen,85 die dieser aus dem durch den Beklagten zu 3) veranlaßten Austausch der Kontonummern und der daraus resultierenden Zahlungen an die Beklagte zu 2) entstanden sind oder künftig entstehen;

festzustellen, daß der ursprüngliche Antrag der Klägerin, die Beklagten als Gesamtschuldner87 zur Zahlung von 1.776.207,12 DM an die Arbeitsgemeinschaft Sanierung S A R zu verurteilen, erledigt ist und den Beklagten insoweit die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Beklagten beantragen hauptsächlich,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte zu 1) verteidigt das angefochtene Urteil und stellt das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin in Frage. In der Sache bezieht sie sich auf ihren Vortrag erster Instanz nebst Beweisangeboten. Dem Feststellungsantrag zu 4) tritt sie damit entgegen, daß sie der Klägerin allenfalls gesamtschuldnerisch neben den Beklagten zu 2) und 3) habe verpflichtet sein können, so daß keine Erledigung eingetreten sei. 90

Die Beklagten zu 2) und 3) stellen die Auslegung des ARGE-Vertrages durch das Landgericht in Frage und halten ihren Standpunkt aufrecht, die Klägerin habe nur Anspruch auf Vergütung ihrer Leistung gemäß Angebot vom 27.05.1989. Mit deren Angebot seien die Leistungsanteile so bestimmt gewesen, daß die Beklagte zu 2) die restliche Vergütung aus dem Auftrag des S zu fordern habe. Wenn dieser Auffassung nicht zu folgen sei, dann sei zumindest die rechtliche Bewertung des Gutachters B zutreffend. Auch danach habe die Klägerin nur ein Entgelt für ihr Leistungsangebot zu beanspruchen, weil sie als bauvertragliche Nachunternehmerin nur ihre Werkleistungen liquidieren können. Die Gewinnverteilung der ARGE finde dagegen nur im Innenverhältnis statt. Daraus habe die Klägerin indes nichts zu fordern, weil die ARGE keine Gewinne erzielt habe. Hilfsweise schließen sich die Beklagten zu 2) und 3) den Berechnungen des Sachverständigen T an, wenden sich allerdings gegen eine hälftige Teilung etwaigen ARGE-Gewinns. Insoweit halten sie eine anteilige Berechtigung für geboten. Soweit die Klägerin die vereinbarte Vergütung erhalten habe, seien Mehrforderungen aus dem Werkvertrag ausgeschlossen, weil das Vertragsverhältnis durch Erfüllung erloschen sei. Zu den streitigen Positionen treten die Beklagten zu 2) und 3) der Klägerin unter Betonung der Leistungsanteile der Beklagten zu 2) entgegen. 91

Die Beklagte zu 2) beansprucht weiterhin Federführungskosten von 0,8 % des Leistungsanteils der Klägerin und meint, dem stehe die Vereinbarung vom 06.08.1989 nicht entgegen, weil sich der dortige Verzicht nur auf das Nebenangebot beziehe. Nach ihrer Aufstellung ergebe sich lediglich ein Vergabegewinn von 335.881,58 DM, der lediglich zu 70 % und also mit 251.252,39 DM auf den Leistungsanteil der Klägerin entfalle, so daß diese bei hälftiger Teilung 123.368,28 DM zu beanspruchen habe, die sich nach Abzug der Verbindlichkeiten auf 2.257,91 DM reduzierten. Hinsichtlich des gegen ihn gerichteten Antrages stellt der Beklagte zu 3) das Feststellungsinteresse der Klägerin in Frage und beruft sich auf den Einstellungsbeschluß der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren. Gegen den Antrag zu 4) erinnern die Beklagten mangelnde Sachdienlichkeit. 92

Wegen des Vorbringens der Parteien im einzelnen wird auf den Inhalt der wechselseitigen Schriftsätze sowie auf den Akteninhalt verwiesen.

Der Senat hat die Zeugen P , K , S , W und H uneidlich vernommen und den Sachverständigen T das ergänzte schriftliche Gutachten in der Berufungsverhandlung erläutern lassen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstatteervermerk zur Berufungsverhandlung verwiesen.

94

Entscheidungsgründe

95

Die Berufung der Klägerin ist teilweise begründet.

96

Die Klägerin und die Beklagte zu 2) haben eine sogenannte Dach-ARGE vereinbart, in der zu unterscheiden sind eigenständige Werkvertragsverhältnisse zwischen der Klägerin bzw. der Beklagten zu 2) und der ARGE einerseits und gesellschaftsrechtliche Beziehungen innerhalb der ARGE zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2) andererseits (I). Aus der Abrechnung der unterschiedlichen Rechtsbeziehungen ergibt sich, daß der gegen die Beklagte zu 2) gerichtete Zahlungsanspruch der Klägerin unbegründet ist; allerdings steht der Klägerin aus dem Guthaben des ARGE-Kontos ein höherer als der vom Landgericht erkannte Betrag zu. Daraus resultiert eine ganz überwiegende Abweisung der Widerklage der Beklagten zu 2). Die Klägerin hat aus ihrem Rechtsverhältnis zur ARGE noch Anspruch auf 120.887,13 DM (II); aus der Liquidation der ARGE kann sie gemäß § 734 BGB in Verbindung mit § 4 des ARGE-Vertrages 771.019,25 DM, damit insgesamt 891.906,39 DM aus dem ARGE-Konto beanspruchen (II). Dem steht eine Erstattungspflicht der Beklagten zu 2) aus Überzahlung der ARGE um 678.980,07 DM aus ihrem Vertragsverhältnis zur ARGE gegenüber; unter Verrechnung des Gesellschafteranspruches der Beklagten zu 2) aus der Liquidation der ARGE mit 771.019,25 DM errechnet sich daraus eine restliche Forderung der Beklagten von 92.039,18 DM (II).

97

I.

98

1.

99

Die ARGE-Vereinbarung der Parteien vom 06.08.1989 stellt sich als Gesellschaftsvertrag in der Form der sogenannten Dach-ARGE dar. Grundlage des Vertrages war unstreitig ein Mustervertragsentwurf für ARGE aus dem Jahre 1987, den die Vertragsschließenden an ihre Bedürfnisse angepaßt haben. Zweck der ARGE-Bildung war die gemeinsame Übernahme des dann auch durchgeführten Bodensanierungsvorhabens in S für das S . Abweichend von der bis dahin gängigen Vertragsgestaltung einer "normalen" ARGE mit im Innenverhältnis gesellschaftsrechtlich als Beiträge qualifizierten Leistungsanteilen der zeitlich oder objektbezogen miteinander verbundenen Gesellschafter (vgl. dazu Hochstein/Jagenburg, Der Arbeitsgemeinschaftsvertrag, 1974, Einleitung Rdnr. 24 ff; Ingenstau/Korbion, VOB, 13. Auflage, Anhang A, Rdnr. 15 ff, 26, 31 ff; Palandt, 59. Auflage, § 705 Rdnr. 37; BGH Betriebsberater 1982, 1326; NJW-RR 1993, 1443) haben die Parteien hier vereinbart, ihre jeweiligen eigenständigen Leistungsanteile an das S als Werkauftragnehmer und sogenannte Nachunternehmer der ARGE zu erbringen. Daraus resultiert eine rechtliche Differenzierung der ARGE-Partner als Gesellschafter der ARGE einerseits und als Werkunternehmer der ARGE andererseits. Zwar läßt der Vertragswortlaut in §§ 3 und 4.1 an sich den rechtlichen Ansatz zu, die Leistungen der Gesellschafter auch nur als Beiträge im Sinne von § 706 BGB zu qualifizieren; dazu anderweitig abgeschlossene Vereinbarungen und die diesen entsprechende praktische Abwicklung der Leistungsbeziehungen schließen das jedoch aus. Indizien für zwischen den Gesellschaftern und der ARGE beabsichtigte eigenständige, aus

100

dem Gesellschaftsverhältnis ausgegliederte werkvertragliche Leistungsbeziehungen sind die Regelung der Vorläufigkeit des Beteiligungsverhältnisses bis zur Festlegung der endgültigen Abrechnungssummen und die Verselbständigung der Leistungsverhältnisse des einzelnen Unternehmens in § 4.2 des ARGE-Vertrages, wonach die Unternehmergewinne im Nachunternehmervertrag anfielen. Insoweit hat das vom Landgericht zum Rechtscharakter der ARGE eingeholte und hier in Bezug genommene Rechtsgutachten überzeugend herausgestellt, daß die vereinbarte Bestimmung der Beteiligungsverhältnisse innerhalb einer ARGE für sogenannte Dach-ARGE als Typus differenzierter Rechtsverhältnisse zwischen Mitgliedern der ARGE zur ARGE einerseits und innerhalb der ARGE andererseits charakteristisch ist. Das hat keine der Parteien in Frage gestellt. Der Einwand der Klägerin, die Vorläufigkeitsregelung in § 4.1 könne wegen der in § 4.2 bereits bestimmten endgültigen Beteiligungsverhältnisse keine Rolle spielen, verfährt nicht, weil § 4.2 - wie unten noch an anderer Stelle zu erörtern sein wird - sich über das Beteiligungsverhältnis der Gesellschafter nicht verhält. Für aus dem Gesellschaftsverhältnis ausgelagerte werkvertragliche Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zur ARGE spricht weiter die Bestimmung des § 8.43 dahin, in den Rechnungen der Gesellschafter an die ARGE die jeweilige Mehrwertsteuer auszuweisen und die Grundlagenvereinbarung vom selben Tage, die Werkleistungsbeziehungen den Regeln der VOB zu unterstellen, wie das im Werkleistungsvertrag zwischen dem Werkunternehmer und dem Auftraggeber geschieht. Das Schreiben der ARGE an das Finanzamt M vom 15.12.1989 mit einer beispielhaften Abrechnung der Leistungen der einzelnen Unternehmer an die ARGE als durchlaufende Rechnungsposten bestätigt ebenfalls, daß die spezifische Rechtskonstruktion der Dach-ARGE gewollt war. Hätten die einzelnen Werkleistungen der Unternehmer gesellschaftsrechtliche Beiträge sein sollen, hätte sich nämlich ein womöglich steuerpflichtiges Gesamthandsvermögen entgegen dem Inhalt dieses Schreibens nicht von vornherein ausschließen lassen. Letztlich erhärtet auch die Handhabung der Abrechnung mit Abschlagszahlungen als Vorleistung auf den Unternehmerlohn das Auslegungsergebnis des Senats (vgl. dazu auch Hochstein/Jagenburg aaO Rdnr. 31; Palandt aaO, Rechtsgutachten Burchardt S. 17 ff). Daß die Parteien sich in ihrer Grundsatzvereinbarung vom 06.08.1989 begrifflich auf eine "vertikal geführte ARGE" festgelegt haben, ändert daran nichts. Es fehlt schon an brauchbaren Feststellungen dazu, ob sie damit tatsächlich und rechtlich andere Vorstellungen als die der Dach-ARGE verbunden haben. Eher spricht der Abschluß dieses ARGE-Vertrages im Anschluß an die grundsätzliche Vereinbarung dafür, daß damit das Vertragsziel erreicht sein sollte. Daß eine falsche Begriffswahl den Regelungsinhalt des Vertrages nicht ohne weiteres in Frage stellt, versteht sich von selbst.

2. 101

Die Innenbeteiligung der Gesellschaft richtet sich nach § 722 BGB, weil die Parteien keine andere wirksame Regelung getroffen haben. 102

a) 103

Entgegen der Auffassung der Klägerin steht dem § 4.2 des Vertrages nicht entgegen, wonach 104 jedem Gesellschafter der Anteil gebührt, der aus seinem Auftragsanteil erwirtschaftet wird, weil das Verhältnis der Gesellschafter untereinander damit nicht gemeint ist. Bereits die Gliederung der Regelungen in § 4 im Lichte der Überschrift "Beteiligung und Haftung" verdeutlicht unterschiedliche Regelungsinhalte der einzelnen Absätze. Zum Beteiligungsverhältnis der Gesellschafter verhält sich allein Absatz 1. Dort ist bestimmt, daß die endgültigen Abrechnungssummen und bis dahin die vom Auftraggeber bzw. von der ARGE übertragenen Auftragssummen und -anteile die Beteiligungsanteile festlegen. Eine

ausschließliche Vorläufigkeit der Quotierung von Absatz 1, die die Klägerin favorisiert, ist weder mit dessen philologischem Verständnis noch mit dem erkennbaren Regelungsziel zu vereinbaren. Aus der Formulierung, das Beteiligungsverhältnis "richtet sich bis zur Festlegung der endgültigen Abrechnungssummen nach ..." ergibt sich sprachlich zwanglos aus der Sicht des verständigen Adressaten, daß die Quotenbestimmung aus dem endgültigen Abrechnungsvolumen folgen sollte. Dem liegt als Regelungsziel auch gedanklich zugrunde, die endgültigen Abrechnungssummen zum Quotenmaßstab zu machen, zumal allein Absatz 1 ein Beteiligungsergebnis mit 100 % ausweist und zudem in bezug auf Bürgschaften, Haftung und Gewährleistungen quotierte Verantwortlichkeiten zuweist, die im Rahmen der Vorläufigkeit eher von untergeordneter Bedeutung wären. Dazu steht § 4.2 des ARGE-Vertrages in keinem wie auch immer gearteten Zusammenhang. Ein sprachlicher und/oder gedanklicher Bezug ist nicht zu erkennen. Der Wortlaut befaßt sich allein mit dem Anspruch des Gesellschafters auf das Ergebnis des ihm übertragenen Auftragsteils. Damit kann nicht das Beteiligungsverhältnis der Gesellschafter untereinander gemeint sein, weil dieses bei prozentualer Gewichtung der jeweiligen Leistungsanteile in einer Quote auszuweisen gewesen wäre; zudem ließe § 4.2 die Pflichten der ARGE aus Bürgschaften, Haftung und Gewährleistung gegenüber dem Auftraggeber, die Regelungsgegenstand von Absatz 1 sind, im dunkeln. Daß die Parteien eine ins einzelne gehende vorläufige Regelung hätten treffen und die endgültige Beteiligung demgegenüber nur lückenhaft festlegen wollen, kann nicht wirklich angenommen werden. Die Berufung der Klägerin auf § 8.43 des ARGE-Vertrages gibt für ihren Standpunkt nichts Entscheidendes her. Daraus folgt nämlich nicht, daß ein Gesellschaftsvermögen von vornherein nicht hätte in Betracht kommen können, so daß eine Beteiligungsbestimmung nach § 4.1 nach der Endabrechnung ganz überflüssig gewesen wäre. Die Behandlung der Rechnungen als durchlaufende Posten schloß die Bildung von Gesamthandsvermögen nicht von vornherein aus, zumal dieselben Leistungen der Klägerin an die ARGE und zwischen letzterer und dem S unterschiedlich abzurechnen waren, so daß durchaus Vergabegewinne bei der ARGE anfallen mochten. Zudem übersieht die Klägerin, daß Bedarf einer Beteiligungsregelung nicht nur wegen möglicher Vergabegewinne, sondern auch mit Blick auf Haftung, Gewährleistung und Bürgschaften bestand.

b)

105

Daß die Beteiligungsregelung durch § 4.1 hinreichend, etwa im Sinne der Beklagten zu 2) dahin bestimmt gewesen wäre, daß ihr sämtlicher Erlös aus dem von der ARGE durchgeführten Auftrag zustünde, soweit er nicht auf die Werkleistung der Klägerin entfällt, ist zu verneinen. Eigentlich geht dieser Auslegungsversuch der Beklagten zu 2) in Richtung einer Generalunternehmer-Subunternehmer-Beziehung, also eines Über- und Unterordnungsverhältnisses. Eine solche Konstruktion scheidet aber in jedem Fall von vornherein aus, weil das S den Auftrag ganz bewußt der ARGE und nicht allein der Beklagten zu 2) erteilen wollte und erteilt hat. Zudem steht dem Standpunkt der Beklagten zu 2) die Regelung des § 4.1 entgegen. Danach richten sich - wie ausgeführt - die Beteiligungsverhältnisse der Gesellschafter nach den ihnen übertragenen Auftragsteilen bzw. Abrechnungssummen, mithin nach dem Verhältnis der jeweiligen Leistungsanteile. Bestimmt ist zwar der Leistungsanteil der Klägerin durch Inbezugnahme ihres Angebotes, nicht aber der Leistungsanteil der Beklagten zu 2). Die Differenz der Abrechnungssummen der vom S an die ARGE und der von dieser an die Klägerin gezahlten Entgelte definiert den Leistungsanteil der Beklagten zu 2) nicht, weil keine Abrechnungsidentität zwischen dem S und der ARGE einerseits und der ARGE und der Klägerin andererseits bestand. Zahlte etwa das S für die Leistungen der Klägerin an die ARGE mehr als die ARGE ihrerseits der Klägerin vergütete, dann konnte ein Zwischengewinn entstehen, der nicht auf Leistungen der Beklagten zu 2) beruhte. Soweit aus der Abrechnung der Gesamtleistung der ARGE die

106

Arbeitsleistung der Beklagten zu 2) als solche unter Ausgliederung der Auftragsteile der Klägerin bestimmbar wäre, wäre damit für die Argumentation der Beklagten zu 2) nichts gewonnen, weil aus der in § 4.1 geregelten Verhältnismäßigkeit der Leistungsanteile nicht abgeleitet werden kann, daß die Beklagte zu 2) auf den Gesamterlös unter Abzug der der Klägerin zustehenden Vergütung Anspruch hätte. Daß die Parteien mit der Regelung in § 4.1 ein am Standpunkt der Beklagten zu 2) orientiertes Beteiligungsverhältnis hätten festlegen wollen, ist nicht zu sagen. Die Vertragsurkunde gibt für einen vom Wortlaut abweichenden übereinstimmenden Vertragswillen im Sinne der Beklagten zu 2) nichts her. Die von dieser für ihre Auslegung ins Feld geführten Aktenvermerke vom 06. und 07.08.1989 sind unergiebig. Zum einen steht ihr Inhalt in unvereinbarem Gegensatz zum Aktenvermerk der Klägerin vom 06.08.1989 (Bl. 126 BA). Zum anderen ist nicht gesichert, daß die Aktenvermerke den Gesprächsinhalt zutreffend wiedergeben. Die vom Landgericht dazu durchgeführte Beweisaufnahme hat nichts weiter aufklären können, weil die Zeugen S, W und P den von der Beklagten zu 2) behaupteten Vereinbarungsinhalt nicht bestätigt haben. Die wechselseitigen Behauptungen der Klägerin und der Beklagten zu 2), ihre jeweiligen Aktenvermerke der jeweils anderen Seite zugeleitet zu haben, was womöglich indizielle Bedeutung hätte haben können, sind nicht unter Beweis gestellt und schon gar nicht bewiesen. Schließlich ist nicht zu übersehen, daß erhebliche Umstände gegen den Standpunkt der Beklagten sprechen. So fällt auf, daß gerade die Aktenvermerke der Beklagten zu 2) deren Vorstellungen von dem Beteiligungsverhältnis unmißverständlich wiedergeben. Dann aber hätte auch nahegelegen, den Vertragstext mit entsprechender Klarheit so zu fassen, um keine Zweifel aufkommen zu lassen. Das ist aber gerade nicht geschehen. Bezeichnend ist ferner auch der Versuch der Beklagten zu 2), durch einseitige nachträgliche Änderung einer der Klägerin am 01.08. zugeleiteten vorformulierten Erklärung der ARGE vom 14.09.1989, die allein für das S bestimmt war, der Klägerin eine bestimmte Verteilung des Enderlöses des Gesamtauftrages zu eigenen Gunsten in den Mund zu legen. Das von der Beklagten zu 2) nunmehr, nachdem sie sich in ihrer eigenen Klage maßgeblich auf dieses Schreiben berufen hatte, einfach als von der Klägerin nicht angenommenes Vertragsangebot heruntergespielte Geschehen macht nur Sinn vor dem Hintergrund des Bewußtseins, eine solche Vereinbarung bis dahin und insbesondere durch den ARGE-Vertrag eben nicht getroffen oder jedenfalls nicht zweifelsfrei gesichert zu haben. Auch mit der von der Beklagten zu 2) ins Feld geführten Verhältnismäßigkeit der wechselseitig dem S gestellten Bürgschaften ist argumentativ nichts zu gewinnen, weil diese auf der Vorläufigkeit der Beteiligungsquote beruhte und keine endgültige abschließende Regelung darstellte. Letztlich ist auch das Schreiben vom 15.12.1989 an das Finanzamt M für die Beklagte zu 2) unergiebig. Die dort dargestellte Abrechnung der Leistungsanteile als durchlaufende Rechnungsposten der ARGE an ihren Auftraggeber entsprach nämlich nicht einmal der eigenen vermeintlich vereinbarten Konstruktion.

Die Frage eines versteckten Einigungsmangels (§ 155 BGB) bedarf keiner Vertiefung, weil nicht festzustellen ist, daß die Parteien inhaltlich divergierende Willenserklärungen abgegeben haben. Die Möglichkeit eines Anfechtungsrechts nach § 119 BGB im Falle eines vom Erklärungswillen abweichenden Vertragswillens der Beklagten zu 2) ist nicht zu diskutieren, weil die Beklagte zu 2) davon keinen Gebrauch gemacht hat. 107

Aus § 4.1 des ARGE-Vertrages ist eine brauchbare Beteiligungsquote der Gesellschafter nicht zu ermitteln. Als Parameter stehen die Abrechnungssummen der Gesellschafter als Nachunternehmer in ihrem Verhältnis zur ARGE einerseits und der ARGE zum S andererseits gleichrangig nebeneinander. Da indes - wie von Anfang vorgesehen - die Klägerin gegenüber der ARGE anders abrechnete als die ARGE ihrerseits gegenüber dem S, ergeben sich für ein und dieselbe Leistung unterschiedliche Abrechnungssummen, so daß 108

ein klarer Quotenmaßstab fehlt. Das stellen auch die Parteien nicht wirklich in Frage. Die dadurch entstandene Regelungslücke kann im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nicht geschlossen werden, weil mit Blick auf die auch in den Aktenvermerken zum Ausdruck gekommenen unterschiedlichen Vorstellungen nicht gesagt werden kann, die Parteien hätten sich bei Kenntnis der Lücke auf eine quotenmäßige Verteilung nach Maßgabe ihrer Leistungsanteile geeinigt. Danach bleibt nur die gesetzliche Lösung des § 722 BGB (vgl. dazu Ingenstau/Korbion aaO Rdnr. 46; BGH Betriebsberater 1982, 1326). Als Ergebnis der rechtlichen Konstruktion der Dach-ARGE ist danach festzuhalten, daß die jeweiligen Werkleistungen der Klägerin und der Beklagten zu 2) wie die eines beliebigen Dritten mit der ARGE abzurechnen sind, während sich die Auseinandersetzung der Gesellschafter im Innenverhältnis nach den Regeln der §§ 730 f. BGB vollzieht.

II. 109

1. 110

Die Klägerin hat gemäß § 632 BGB Anspruch auf die vereinbarte Vergütung; von ihrer anerkannten und insoweit auch bezahlten Schlußrechnung braucht sie sich keine Abstriche gefallen zu lassen, weil ein von der Beklagten zu 2) zu beweisender Bereicherungstatbestand nicht zur Debatte steht. Allerdings hat die Klägerin auch keinen weitergehenden Zahlungsanspruch, weil die Richtigkeit ihrer eigenen Abrechnung, soweit anerkannt, nicht in Frage steht. Ihr Vorbehalt gegen die Kürzung ihrer Schlußrechnung spielt keine Rolle, weil die Kürzungen wegen Massendifferenzen etwa auf S. 8 und 9 ihrer Schlußrechnung nicht Gegenstand des Rechtsstreits sind und im übrigen, wie aus nachstehendem folgt, Mehrforderungen nach gesicherter sachverständiger Beurteilung unbegründet sind. 111

2. 112

Der Werklohnanspruch der Beklagten zu 2) aus ihrer umstrittenen Schlußrechnung folgt aus den dazu getroffenen Feststellungen des Senats aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme. Der von der Beklagten zu 2) außerdem mit Blick auf die Ausführungen des Sachverständigen T geltend gemachte Anspruch auf Vergütung der kaufmännischen Geschäftsführung besteht nicht. Eine ausdrückliche vertragliche Grundlage dafür fehlt. Zur Üblichkeit einer solchen Vergütung ist ebenfalls nichts dargetan. In jedem Falle aber wäre ein etwaiger Anspruch in dieser Richtung durch die Grundsatzvereinbarung vom 06.08.1989 abbedungen. Daß sich die Absprache des Entfalls von Federführungskosten nur auf ein Nebenangebot bezöge, ist nach dem Vertragsinhalt ausgeschlossen. Vielmehr ist dort vereinbart, daß Federführungskosten schlechthin entfallen, weil die Klägerin den Preisnachlaß für das Nebenangebot der ARGE in Höhe von 30.000,00 DM übernahm. 113

Die sich aus dem Vergleich der ARGE mit dem S ergebenden Kürzungen einzelner Positionen sind nach den unangegriffenen Berechnungen des Landgerichts dazu nicht umstritten. Der Senat legt die sich danach ermittelten effektiven Leistungen des S zu Grunde. 114

3. 115

Die einzelnen Werkleistungsansprüche der Klägerin und der Beklagten gegenüber der ARGE sind so abzurechnen: 116

Titel 1 (Verkehrssicherung), 2 (Baustelleneinrichtung, -räumung) 117

118

Diese Leistungen des S in Höhe von 73.225,74 DM, 186.000,00 DM und 22.000,00 DM stehen unstreitig der Beklagten zu 2) zu.

Titel 3 (Behandlungsstandort, Pufferlager)

119

Aus diesem Titel hat die Klägerin nichts zu beanspruchen, weil ihr Werklohnanspruch endgültig abgerechnet ist und sie zu dieser Position keine eigenen Leistungen in Rechnung gestellt hat. Davon abgesehen rechnet der Senat diese Leistung allein der Beklagten zu 2) zu. Im ersten Rechtszug hat die Klägerin sie nämlich wiederholt allein der Beklagten zu 2) zugestanden (Bl. 513, 514, 543 d. A.) und erst nachträglich anderes reklamiert. Die Vernehmung der Zeugen hat dazu zwar kein genaues Bild ergeben, im wesentlichen folgt daraus aber, daß die Tiefbauarbeiten zur Herrichtung des Pufferlagers von der Beklagten zu 2) ausgeführt worden sind (Zeugen P , K , W). Unstimmigkeiten insoweit gründen sich eher darauf, daß die Zeugen die einzelnen Arbeitsleistungen nicht genau dem hier maßgeblichen Titel zugeordnet haben, weil sie die Differenzierung der Leistungsanteile gemäß der verschiedenen Rechnungspositionen nicht nachvollzogen haben. Die Würdigung der Zeugenaussagen deckt sich mit der Beurteilung des Sachverständigen T dahin, daß sich Titel 3 über reine Tiefbauarbeiten verhalte und die von der Klägerin in diesem Titel reklamierten Leistungen Gegenstand des Titels 4 seien.

120

Titel 4 (Bodenbehandlungsanlage NA 3).

121

4.1 (Bodenbehandlungsanlage einrichten)

122

Über den abgerechneten Betrag von 195.000,00 DM hinaus kann die Klägerin nichts beanspruchen (II, 1). Der Leistungsanteil der Beklagten hat sich durch die Beweisaufnahme nicht genau klären lassen. Der Sachverständige T hat diesen prozentual geschätzt und mit 125.145,00 DM berechnet. Das hat die Beklagte zu 2) hingenommen. Da auch die Klägerin insoweit Leistungsanteile der Beklagten zugesteht, sie allerdings anderweit für abgerechnet hält was jedoch nicht festzustellen ist, folgt der Senat dem Sachverständigen. Daraus resultieren als Differenz der Leistungsanteile der Klägerin und der Beklagten zu 2) (195.000,00 DM und 125.145,00 DM) zum Entgelt des S mit insgesamt 515.000,00 DM unverbrauchte 194.855,00 DM, die der Senat in das Gesellschaftsvermögen der ARGE einstellt.

123

4.2 (Bodenbehandlungsanlage vorhalten)

124

Die Klägerin hat ihre Leistung dazu mit 1.770.000,00 DM abgerechnet, mehr steht ihr nicht zu (II, 1). Ein Leistungsanteil der Beklagten zu 2) läßt sich hier nicht brauchbar feststellen. Die Zeugen P und K haben ausgesagt, daß allein die Klägerin die Anlage vorgehalten habe, und damit deren Berufungsvortrag bestätigt. Der Sachverständige T hat zwar der Beklagten zu 2) einen an der gebildeten Quote orientierten Leistungsanteil von 484.785,00 DM zugebilligt, ohne indes Feststellungen getroffen oder nähere Plausibilitätserwägungen dazu angestellt zu haben, ob die Beklagte zu 2) insoweit überhaupt tätig gewesen ist. Allein der Umstand, daß auf Lichtbildern von der Baustelle Geräte der Beklagten zu 2) auch in der Behandlungsanlage zu sehen waren, ist nicht hinreichend aussagekräftig, zumal möglich bleibt, daß eine Gerätestellung seitens der Beklagten zu 2) innerhalb der ARGE berechnet und bezahlt worden sein kann. Bedenkt man, daß es sich bei der Bodenbehandlungsanlage praktisch um die von der Klägerin besorgte Bodenreinigungsstätte gehandelt hat, stützt das eher deren Darstellung. Die Folgen dieses für die Beklagte zu 2) unergiebigem Beweisergebnisses treffen diese, denn sie hätte einen etwaigen Leistungsanteil nachprüfbar darlegen und beweisen müssen (vgl. Palandt, aaO § 632 Rdnr. 11).

125

4.2.1 (Sanierungsbeete herstellen und 3 Zwischenlager) 126

Über den abgerechneten und erhaltenen Betrag von 270.000,00 DM steht der Klägerin keine Mehrforderung zu (II, 1). Als Ergebnis der Beweisaufnahme zum Leistungsanteil der Beklagten zu 2) insoweit läßt sich nur allgemein sagen, daß diese Erdarbeiten verrichtet hat (Zeuge P , K , W , Sachverständiger T). Der behauptete Leistungsumfang (vgl. Bl. 412 d. A.) hat sich indes nicht näher aufklären lassen. Der Sachverständige T hat den Leistungsanteil der Beklagten zu 2) mit 152.668,90 DM geschätzt. Dem schließt sich der Senat mit Blick auf die eigene entsprechende Bewertung der Beklagten zu 2) an. Daß die Klägerin der Beklagten zu 2) diese Leistungen gesondert vergütet hätte, ist nicht feststellbar. Dagegen spricht der Inhalt der von der Klägerin geprüften und beanstandeten Schlußrechnung der Beklagten zu 2) vom 20.12.1986 (Bl. 408 d. A.) die den Geräteinsatz der Beklagten zu 2) anspruchsbegründend berücksichtigt. Die freie Spitze von 30.000,00 DM in dieser Position fällt der Gesamthand zu. 127

4.3.1 (Boden lösen und lagern) 128

Die Klägerin hat 161.958,79 DM berechnet und erhalten. Eine Mehrforderung besteht nicht (II, 1). Ein Leistungsanteil der Beklagten zu 2) ist nicht erweislich. Die Zeugen P und K haben ausgesagt, die Beklagte zu 2) habe sich an den Arbeiten nicht beteiligt. Der Sachverständige T hat seine ursprünglich gegenteilige Annahme revidiert und diese Leistung allein der Klägerin zugeschrieben. Die in seinem Gutachten vorgenommene Verteilung der auf diesen Titel entfallenden Vergütung des S trägt dieser tatsächlichen Grundlage nicht Rechnung und kann als Pauschalbewertung keinen Bestand haben. Die Folgen dieses Beweisergebnisses treffen die Beklagte zu 2). Damit verbleibt aus der Vergütung des S von 231.138,51 DM und dem Leistungsentgelt der Klägerin von 161.958,79 DM eine freie Spitze von 65.593,36 DM für die Gesamthand. 129

4.3.4 (Boden liefern und einbauen) 130

Die Klägerin hat insoweit nichts zu beanspruchen, weil sie dergleichen weder angeboten noch selbst berechnet hat. Der vom S darauf geleistete Betrag von 117.813,01 DM geht voll zugunsten der Beklagten zu 2). Die Beweisaufnahme hat dazu bestätigt, daß diese den unstreitig ihrerseits gelieferten Boden auch eingebaut hat (Zeuge K , Sachverständiger T). 131

4.4.3 (Mieten mischen und aufsetzen) 132

4.5.2 (Boden in Mieten aufsetzen und bearbeiten) 133

Von dem darauf gezahlten Entgelt des S über 2.289.081,97 DM stehen der Klägerin im Lichte der gutachterlichen Aufschlüsselung der Leistungsberechnung insgesamt 1.939.187,64 DM nach Maßgabe ihrer eigenen Schlußrechnung zu. Die vom Sachverständigen dazu vorgenommenen Kürzungen aus geänderten Masseberechnungen der Positionen braucht die Klägerin nicht hinzunehmen, nachdem ihre Schlußrechnung geprüft und bezahlt worden ist. Soweit im Titel 4, Positionen 4.9 - 4.10 Ingenieurleistungen und Kosten für Messungen vom S vergütet worden sind, hat die Klägerin darauf 881.027,00 DM erhalten, wie der Sachverständige T unbeanstandet ermittelt hat. Auch davon sind keine Abzüge vorzunehmen. Daß die Beklagte zu 2) an diesen Arbeiten nicht beteiligt gewesen wäre, wie die Klägerin mit ihrer Berufung geltend gemacht hat, nimmt der Senat nicht an. Immerhin hat die Klägerin selbst in ihrer Prüfung der Schlußrechnung der Beklagten zu 2) in den Titel 360.947,49 DM eingestellt. Auch hat der Zeuge P von einem Leistungsbeitrag der Beklagten zu 2) gesprochen. Die Aussage des Zeugen K dazu ist zwar wenig präzise, gleichwohl geht 134

sie in der Tendenz dahin, daß die Beklagte zu 2) insoweit nicht untätig gewesen ist. Auch die Aussage des Zeugen W spricht für einen Leistungsbeitrag der Beklagten zu 2). Der Sachverständige T hat im Lichte des Umstandes, daß die Beklagte zu 2) grundsätzlich mit Tiefbauarbeiten befaßt gewesen ist und unter fachlicher Annahme solcher Tätigkeiten zu diesem Punkt den Leistungsanteil der Beklagten zu 2) auf 283.477,00 DM geschätzt, diese Schätzung allerdings selbst als spekulativ qualifiziert. Im Lichte dessen hält der Senat im Ergebnis dafür, daß die Beklagte zu 2) grundsätzlich zu den vom S abgerechneten Leistungen dieser Titelposten beigetragen hat. Zur richtigen Bewertung der Leistungen der Beklagten zu 2) fehlen allerdings sichere Schätzgrundlagen. Andererseits ist die Leistung der Klägerin abgegolten, so daß rechnerisch auf die Beklagte 349.894,33 DM entfielen. Es gibt keinen Anhalt dafür, daß diese damit über- oder unterzahlt wäre, so daß der Senat auch mit Blick auf die Schlußrechnungsprüfung der Klägerin diesen Differenzbetrag der Beklagten zu 2) zuordnet. Daß die Beklagte zu 2) intern insoweit gesondert vergütet worden wäre, ist nicht nachzuhalten. Dagegen spricht der eigene Prüfvermerk der Klägerin zur Schlußrechnung der Beklagten zu 2).

4.9 und 4.10 (Bodenluftabsaugung) 135

Entsprechend der übereinstimmenden Bewertung der Parteien hat zwar die Klägerin diesen Leistungsanteil erbracht, ihn aber nach der Rechnungsanalyse des Sachverständigen T anderweit im Titel 4.4.3 und 4.5.2 abgerechnet, so daß ihr insoweit kein weiterer Anspruch zusteht. Der Senat ordnet deshalb den Betrag von 168.808,25 DM der Gesamthand zu. 136

4.11 (Gereinigten Boden lösen und einbauen) 137

Die Klägerin hat in dieser Position 61.328,70 DM abgerechnet, wie der Sachverständige T analysiert hat. Ein weitergehender Anspruch steht ihr nicht zu (II, 1). Der Differenzbetrag von 251.959,61 DM bis zum Leistungsentgelt, das das S gezahlt hat, steht der Beklagten zu. Insoweit geht die Klägerin selbst davon aus, daß die Beklagte zu 2) in dem vom Sachverständigen geschätzten Umfang Leistungen erbracht hat. Die Abweichung der Schätzung des Senats von der Leistungsbewertung des Sachverständigen liegt im Rahmen von § 287 ZPO. Soweit sich die Beklagte zu 2) einen höheren Anspruch errechnet, steht dem entgegen, daß sich die Klägerin von dem abgerechneten Leistungsentgelt keine Abstriche gefallen lassen muß, so daß aus diesem Posten nur der Differenzbetrag für die Beklagte zu 2) verbleibt. Daß die Leistungen der Beklagten zu 2) mit 251.959,61 DM unterbewertet wären, was dann womöglich aus dem Vermögen der Gesamthand auszugleichen gewesen wäre, ist nicht feststellbar. Die pauschalen Aussagen der Zeugen S und W lassen in dieser Richtung keine Bewertung zu, der Sachverständige T hat die dazu angestellten Berechnungen auf Seiten der Beklagten zu 2) nicht nachvollziehen können. 138

4.13.3 (Beseitigung kontaminiertes Abwasser) 139

Hier steht der Betrag von 5.848,00 DM unstreitig der Beklagten zu 2) zu. 140

4.14.4 (Rückgewinnung Absorbierstoff) 141

Unter Bezugnahme auf die Erwägungen zu 4.9 und 4.10 und mit Blick darauf, daß die Klägerin ihre Leistungen endabgerechnet und deshalb aus ihrem Auftrag nichts mehr zu beanspruchen hat, weist der Senat den Betrag von 12.542,40 DM der Gesamthand zu. 142

Titel 5 (Endlager) mit 459.154,42 DM, Titel 6 (Entwässerungskanäle der A) mit 538.343,20 DM und Titel 7 (Bedarfspositionen) mit 220.159,19 DM stehen unstreitig der Beklagten zu 2) 143

zu.

Titel 9 Nachtragsangebote 144

Nachtragsangebot 1 Positionen 9.1 - 9.1.4, 9.1.6, 9.1.9 - 9.1.16 145

Es besteht kein Streit darüber, daß es sich insoweit um Leistungsanteile der Beklagten zu 2) handelt, so daß der darauf entfallende Betrag von 216.913,53 DM dieser gebührt. 146

9.1.17 - 32 147

Unstreitig hat zwar die Klägerin diese Leistungen erbracht, diese indes nach der unwidersprochen gebliebenen Rechnungsanalyse des Sachverständigen bereits anderweit in Position 10 ihrer Schlußrechnung mit insgesamt 881.027,00 DM abgerechnet, so daß ein weitergehender Anspruch nicht besteht. Deren Hinweis auf Ziffer 4.2 des Vertrages verfängt mit Blick auf die grundsätzlichen Erwägungen unter I nicht. Ein danach in dieser Position angefallener Gewinn fällt deshalb der ARGE zu. 148

Nachtrag 3 149

Auf diese vom S mit 149.719,07 DM abgerechnete Leistung hat die Klägerin nach Maßgabe ihrer Endabrechnung 192.942,50 DM erhalten. Davon sind keine Abstriche vorzunehmen. Unstreitig hat auch die Beklagte zu 2) im Nachtrag 3 Leistungen erbracht, die der Sachverständige zuletzt mit 83.251,94 DM in Ansatz gebracht hat. Dem stehen Bewertungen seitens der Parteien auf der Basis des Leistungsentgeltes des S zwischen 32.851,57 DM seitens der Klägerin und zuletzt 107.620,56 DM seitens der Beklagten zu 2) (ursprünglich diese aber 78.106,02 DM) gegenüber. Sämtlichen Ansätzen fehlt eine konkrete Leistungsbeschreibung und Bewertung des Arbeitsanteils. Mit Blick darauf, daß die Beklagte zu 2) in ihrer eigenen Schlußrechnung insoweit 72.304,44 DM eingestellt und die Klägerin dies nach Prüfung auch (zunächst) akzeptiert hat, hält der Senat die Parteien daran fest (§ 287 ZPO). Die daraus folgende Unterdeckung in dieser Abrechnungsposition geht zu Lasten des Gewinns der Gesellschaft. 150

Die übrigen Nachträge 4 - 8 sind unstreitig. Daraus resultiert folgende Abrechnung der Leistungsanteile der Klägerin und der Beklagten zu 2) gegenüber der ARGE und der ausgewiesene Gesellschaftergewinn der ARGE: 151

Titel	S Zahlung	Klägerin	Beklagte zu 2)	ARGE
1	73.225,54	-	73.225,54	-
2	186.000,00	-	186.000,00	-
2.2	22.000,00	-	22.000,00	-
3	602.660,62	-	602.660,62	-
4.1	515.000,00	195.000,00	125.145,00	194.855,00
4.2	1.995.000,00	1.770.000,00	-	225.000,00
4.2.1	452.686,90	270.000,00	152.686,90	30.000,00
4.3.1	231.138,51	161.958,79	-	69.179,72
4.3.4	117.813,01	-	117.813,01	-

 152

4.3 4.5.2	2.289.081,97	1.939.187,64	349.894,33	-
4.9 4.10	168.808,25	-	-	168.808,25
4.11	313.288,31	61.328,70	251.959,61	-
4.13.3	5.848,00	-	5.848,00	-
4.14.4	12.542,40	-	-	12.542,40
5	459.154,42	-	459.154,42	-
6	538.343,20	-	538.343,20	-
7	220.159,19	-	220.159,19	-
9 9.1 - 16	216.913,53	-	216.913,53	-
9.1.17 - 32	458.020,28	-	-	458.020,28
Nachtrag 3	149.719,07	192.942,50	72.304,44	- 115.527,87
Nachtrag 4	27.926,00	-	27.926,00	-
Nachtrag 5	12.237,91	-	12.237,91	-
Nachtrag 6	9.011,57	-	9.011,57	-
7	23.353,25	-	23.353,25	-
<u>8</u>	<u>10.648,10</u>	<u>-</u>	<u>10.648,10</u>	<u>-</u>
Saldo	9.110.580,03	4.590.417,63	3.477.284,62	1.042.877,78

Die Differenz im Gesamtbetrag der Spalte S zur Abrechnung des Sachverständigen beruht auf einem Übertragungsfehler des Sachverständigen in den Positionen 3, 4.4.3/4.5.2 und Nachtrag 3 und einem Übertragungsfehler in seiner Berechnung; soweit die Schlußrechnung der Klägerin 4.590.317,63 DM ausweist, beruht das auf einem Rechenfehler auf Seite 7 der Schlußrechnung vom 30.04.1990. 153

Daraus folgt in Anlehnung an das Berechnungsschema des Landgerichts, das die Parteien ihrerseits zugrundelegen, dieses Ergebnis: 154

	Klägerin	Beklagte zu 2)
Ansprüche gegen ARGE	4.590.417,63	3.477.284,62
abzüglich 12 % Nachlaß	- 550.850,12	- 1.200.000,00
		+ 550.850,12
Nachlaß	- 150.000,00	- 150.000,00
weiterer Nachlaß	- 30.000,00	
ergibt auf Seiten der	3.859.567,51	2.678.134,72
+ 14 % Mehrwertsteuer	+ <u>540.339,45</u>	+ <u>374.938,86</u>
Ergebnis	4.399.906,96	3.053.073,59

Soweit die Klägerin behauptet, die Beklagte zu 2) habe vom S 4.936.129,52 DM erhalten, ist das rechnerisch falsch; richtig sind die vom Landgericht errechneten 3.956.053,66 DM, das 155

ergibt sich aus folgendem:

Ursprüngliche Zahlung des S 9.281.861,14 DM	157
davon erhielt die Klägerin unter Einschluß	158
einer Zahlung von 70.212,35 DM aus dem	159
ARGE-Konto 4.470.019,83 DM	160
Kontostand ARGE 926.000,00 abzüglich	161
72.212,35 DM <u>855.787,65 DM</u>	162
daraus folgen 3.956.053,66 DM	163
Nach Erfüllung der restlichen Vergleichsschuld der ARGE gegenüber dem S durch Barleistung aus dem ARGE-Konto in Höhe von 225.000,00 DM verblieb ein Guthaben auf dem ARGE-Konto von 630.787,65 DM ohne Zinsen und ohne Abzug der Kosten des Rechtsstreits mit dem S und der Gebühren der Sparkasse. Daraus folgt diese Werklohnabrechnung:	164
a) Klägerin	165
erhalten 4.470.019,83 DM	166
Anspruch gegen ARGE - 4.399.906,96 DM	167
Erstattung aus Bürgschaft - <u>191.000,00 DM</u>	168
+ 120.887,13 DM	169
b) Beklagte zu 2)	170
erhalten 3.956.053,66 DM	171
Anspruch gegen ARGE - 3.053.073,59 DM	172
Erstattungsanspruch Bürgschaft - <u>224.000,00 DM</u>	173
a. 678.980,07 DM	174
Damit errechnet sich folgendes Gesamthandsnettovermögen (also ohne Zinsen, Kosten und Anwaltsgebühren):	175
Kontoguthaben 630.787,65 DM	176
Erstattungsanspruch gegen Beklagte zu 2) 678.980,07 DM	177
Restforderung der Klägerin - <u>120.887,13 DM</u>	178
ergibt 1.188.880,59 DM	179
	180

Die Gegenrechnung aus den bei den jeweiligen Titeln in die Gesamthand eingestellten Beträge bestätigt die Richtigkeit dieser Abrechnung:

Verbuchte Zahlungen auf dem ARGE-Konto 1.042.877,78 DM	181
+ 14 % Mehrwertsteuer + <u>146.002,89 DM</u>	182
1.188.880,67 DM	183
Die geringe Differenz von 0,08 DM folgt aus Rundungsdifferenzen bei den Postenberechnungen.	184
Aus dem Nettokontoguthaben entfallen bei	185
hälftiger Teilung auf jede Partei je	186
594.440,29 DM (1.188.880,59 : 2). Danach	187
stehen der Klägerin zu: 594.440,29 DM	188
+ <u>120.887,13 DM</u>	189
a. 715.327,43 DM	190
Während die Beklagte 594.440,29 DM	191
- <u>678.980,07 DM</u>	192
- 84.539,78 DM	193
schuldet. Dem entspricht der Kontostand netto von 630.787,65 DM (715.327,43 - 84.539,78 DM).	194
Unter Berücksichtigung der Zahlungen aus dem ARGE-Konto von 13.000,00 DM auf Anwaltskosten sowie von 1.651,65 DM an Sparkassengebühren ist der Zinsertrag von 463.202,68 DM abzüglich Kapitalertragssteuer von 95.393,11 DM aus dem Festgeldkonto Nr. , das der Senat klarstellend in die Urteilsformel aufgenommen hat, mit dem Kontostand per 30.08.1999 endgültig so abzurechnen:	195
Zinsen 463.202,68 DM	196
abzüglich Anwaltskosten - 13.000,00 DM	197
Kontogebühren - 1.651,65 DM	198
Steuer - <u>95.393,11 DM</u>	199
353.157,92 DM	200
Davon entfallen auf die Parteien jeweils 176.578,96 DM.	201
Daraus resultiert folgende Schlußrechnung:	202
Zugunsten der Klägerin 715.327,43 DM	203

+ <u>176.578,96 DM</u>	204
891.906,39 DM	205
und zugunsten der Beklagten 176.578,96 DM	206
- <u>84.539,78 DM</u>	207
92.039,18 DM	208
Die Addition dieser Beträge ergibt den Kontostand des Festgeldkontos per 30.08.1999 mit 983.945,57 DM.	209
Über diese Abrechnung hinaus kann die Klägerin von der Beklagten zu 2) nichts beanspruchen, so daß der weitergehende Zahlungsantrag (Berufungsantrag zu 1 a) unbegründet ist.	210
III.	211
1.	212
Das Feststellungsbegehren der Klägerin gegenüber dem Beklagten zu 1) und 3) ist jedenfalls deshalb unbegründet, weil die Forderungen der Klägerin aus ihrem Rechtsverhältnis zur ARGE und aus dem Gesellschaftsverhältnis durch das Kontoguthaben der ARGE gedeckt sind und also die Entstehung eines Schadens infolge etwa zu befürchtender Leistungsunfähigkeit der Beklagten zu 2) ausscheidet.	213
2.	214
Das Begehren, die Erledigung des ursprünglichen Hauptantrages (Zahlung von 1.776.207,12 DM an die ARGE) festzustellen, ist ebenfalls unbegründet. Von einer Erledigung kann keine Rede sein, weil die Klägerin diesen Anspruch nicht (unfreiwillig) aufgegeben, sondern als Hilfsantrag klageerweiternd weiterverfolgt hat. Darüber hat das Landgericht sachlich entschieden und insoweit auf Abweisung erkannt. Das hat in der Berufung Bestand, wie aus den obigen Urteilsausführungen folgt.	215
IV.	216
Hinsichtlich der übereinstimmend für erledigt erklärten Teile des Rechtsstreits (Antrag der Klägerin auf Freistellung von Rückzahlungsansprüchen des S) hält der Senat mit dem Landgericht eine Kostenverteilung von 1 zu 2 zu Lasten der Klägerin für angemessen. Deren geprüfte Schlußrechnung stand unter dem Vorbehalt des Anerkenntnisses durch den Auftraggeber, also durch das S . Dessen Rechnungskürzungen gingen damit zu Lasten der jeweiligen Leistungsanteile. Unbeanstandet hat das Landgericht sachverständig beraten ermittelt, daß Überzahlungen des S in Höhe von 516.489,36 DM die Werkleistungen der Klägerin betrafen, so daß von dem mit letztlich in Höhe von 791.218,78 DM vom S verfolgten Rückzahlungsanspruch nur ca. 1/3 auf die Beklagte zu 2) entfielen. Wegen des ebenfalls übereinstimmend für erledigt erklärten ursprünglichen Widerklageantrags der Beklagten zu 2) auf Zustimmung der Klägerin zur Auszahlung des Guthabens des ARGE-Kontos bzw. Auskehr eines Teilbetrages an das S ist keine Kostenentscheidung veranlaßt, weil die Verteilung des Kontoguthabens der ARGE in voller Höhe mit wechselseitigen Auszahlungsbegehren im Streit blieb und der für erledigt erklärte Antrag keine zusätzlichen Kosten verursacht hat.	217

Die Kostenentscheidung des Senats im übrigen beruht auf §§ 97, 92 ZPO; dabei ist der Senat von einem erstinstanzlichen Streitwert von 4.214.789,11 DM ausgegangen (Klageantrag zu 1 2.166.785,19 DM, Hilfsantrag 2.038.003,92 DM, Klageantrag zu 2 5.000,00 DM, Klageantrag zu 3 ebenfalls 5.000,00 DM). 218

Die Urteilsbeschwer übersteigt sowohl für die Klägerin als auch für die Beklagte zu 2) 60.000,00 DM. 219